

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **La cessation judiciaire de la diffusion de critiques émises par un conseiller communal dans les eaux troubles de la distinction entre ingérence préventive et répressive**

Van Melsen, Renaud

*Published in:*  
C.D.P.K.

*Publication date:*  
2007

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Van Melsen, R 2007, 'La cessation judiciaire de la diffusion de critiques émises par un conseiller communal dans les eaux troubles de la distinction entre ingérence préventive et répressive', *C.D.P.K.*, p. 127-153.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# La cessation judiciaire de la diffusion de critiques émises par un conseiller communal: dans les eaux troubles de la distinction entre ingérence préventive et répressive

Renaud VAN MELSEN - Assistant aux F.U.N.D.P. de Namur, Centre PROJUCIT\*

## — RÉSUMÉ

Une ordonnance du Président du tribunal de première instance de Namur du 27 juin 2006 (reproduite dans ce numéro) rejeta la demande d'une société commerciale et de son administrateur délégué tendant à faire interdire à un conseiller communal, sous peine d'astreinte, de réitérer certaines critiques, au motif que celles-ci portent indûment atteinte à leur réputation. Le juge considéra qu'une telle demande se heurte à l'interdiction des ingérences préventives qui ressort de l'article 19 de la Constitution.

Dans un premier temps, la présente contribution analysera la compatibilité des ingérences judiciaires préventives avec les dispositions constitutionnelles et supranationales garantissant la liberté d'expression, mais également la notion de mesure préventive et les critères qui permettent de distinguer celle-ci des mesures *a posteriori*. A cette occasion, il sera démontré que toute mesure de cessation ne constitue pas nécessairement une ingérence préventive et que, contrairement à ce qu'a décidé l'ordonnance, une mesure d'interdiction de répéter certaines critiques déterminées déjà diffusées s'analyse en une ingérence *a posteriori*.

Dans un deuxième temps, l'exposé examinera les conditions auxquelles le juge des référés pourrait ordonner une cessation *a posteriori* et les obstacles à l'accueil d'une telle demande, compte tenu en particulier des exigences de l'article 10.2 de la Convention européenne des droits de l'homme et de la qualité de mandataire politique de la personne visée par la demande.

## — SAMENVATTING

Bij beschikking van 27 juni 2006 (elders in dit nummer gepubliceerd) wees de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Namen de vordering van een handelsvennootschap en haar afgevaardigde bestuurder af, die ertoe strekte een gemeenteraadslid onder verbeurte van een dwangsom verbod te horen opleggen om bepaalde kritiek nog verder uit te spreken, omdat deze uitlatingen op een ongeoorloofde wijze hun reputatie zouden schaden. Volgens de rechter stuit dergelijke vordering op het verbod van preventieve maatregelen vervat in artikel 19 van de Grondwet.

Vooreerst onderzoekt dit artikel de toelaatbaarheid van een preventief rechterlijk optreden aan de hand van de grondwettelijke en internationaalrechtelijke bepalingen die de vrijheid van meningsuiting waarborgen, maar gaat eveneens in op het begrip preventieve maatregelen en de criteria die het

\* Protection juridique du citoyen, centre de recherche fondamentale: <http://www.projucit.be>. L'auteur remercie MM. Marc NIHOUL et Hendrik VUYE, pour leur relecture attentive et leurs observations.

onderscheid met maatregelen *a posteriori* gronden. Er wordt aangetoond dat een verspreidingsverbod niet noodzakelijkerwijze als preventief moet worden aangezien, en dat anders dan de rechter in kort geding heeft beslist, een verbod om bepaalde kritiek dat reeds werd verspreid te herhalen een repressieve maatregel is.

Vervolgens gaat de uiteenzetting over tot een overzicht van de voorwaarden waaronder de rechter in kort geding een verspreidingsverbod *a posteriori* kan bevelen en van de elementen die de uitspraak van dergelijke maatregel hinderen, inzonderheid gelet op de vereisten van artikel 10.2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en op de hoedanigheid van politieke mandataris van de persoon tegen wie de vordering werd ingesteld.

**1. Objet de l'exposé** La jurisprudence et la doctrine ont longtemps été – et sont toujours – très divisées quant à la possibilité pour le juge des référés, et plus largement pour toute juridiction, de s'immiscer dans l'exercice de la liberté d'expression par la voie de mesures visant à faire cesser la diffusion de certains propos, par opposition à l'allocation *a posteriori* de dommages-intérêts. Sont ainsi visées des mesures de retrait, de cessation de diffusion,

d'omission de passages ou de représentations, ou encore d'interdiction de réitérer certains propos.

La problématique a déjà fait couler beaucoup d'encre<sup>1</sup>, et elle est l'occasion d'échanges de vues souvent vifs entre les tenants de la légalité de l'intervention du juge des référés, insistant sur la nécessaire protection utile des intérêts légitimes de tiers contre les abus d'une prérogative individuelle, et les opposants à cette thèse, se préva-

<sup>1</sup> Voy. PH. DE KOSTER, conclusions (partiellement contraires) préc. Cass., 2 juin 2006, *A. & M.*, 2006, pp. 355-364 ; F. DE BOCK, « Telefacts-uitzending « Ik wil aids », of hoe sensatiezucht de media monddood kan maken », note sous Civ. Gand (réf.), 30 avril 2003, *A. & M.*, 2004, pp. 75-79 ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu*, Bruxelles, Larcier, 2004, spéc. pp. 311-342 ; E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « La responsabilité civile des médias », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2003, Livre 26, spéc. pp. 32-42, n<sup>os</sup> 52-73 ; S. SOTTIAUX, « Het conflict tussen de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy », note sous Gand, 12 juin 2001, *R.G.D.C.*, 2003, pp. 308-311 ; J. VELAERS, « “De censuur kan nooit worden ingevoerd”. Over de motieven van het censuurverbod », in *Censures – Censuur, Actes du colloque du 16 mai 2003*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 13-50 ; J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, « Le contrôle judiciaire de la presse », *A. & M.*, 2002, pp. 485-503 ; A. VERDOODT, « De audiovisuele media en de kortgedingrechter », note sous Civ. Bruxelles (réf.), 18 octobre 2001, *A. & M.*, 2002, pp. 83-86 ; D. DE PRINS, « De burgerlijke rechter en de persvrijheid », *R.W.*, 2001, pp. 1445-1456 ; S. VAN GARSSE, « Het rechterlijk verspreidingsverbod: een kwestie van timing? », *A. J. T.*, 2000-2001, pp. 565-567 ; E. BREWAEYS, note sous Cass., 29 juin 2000, *A. & M.*, 2000, pp. 448-450 ; F. JONGEN, « Le juge est-il un censeur? », obs. sous Cass., 29 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2000, pp. 1592-1594 ; D. VOORHOOF, « Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire Dutroux : censure illicite ou mesure nécessaire? », note sous Anvers (réf.), 8 février 1999, *A. & M.*, 1999, pp. 250-259 ; F. TULKENS et A. STROWEL, « Les actions préventives et les actions collectives en matière de médias », in *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 69-91 ; D. VOORHOOF, « De beoordeling in kort geding van het verspreidingsverbod van een gedrukte publicatie (boek, tijdschrift,...) », note sous Civ. Arlon (réf.), 25 août 1997, *A. & M.*, 1998, pp. 49-51 ; M. HANOTIAU, « La censure de la presse écrite par le juge des référés », note sous Civ. Bruxelles (réf.), 5 février 1997, *A. & M.*, 1997, pp. 204-212 ; A. SCHAUS, « Inédits de droit de la presse : commentaires de la jurisprudence relative à la liberté d'expression », *J.L.M.B.*, 1996, pp. 1152-1175 ; D. VOORHOOF, « Beperkingen op de expressievrijheid via de kortgedingrechter : een omstreden rechtsmiddel », note sous Civ. Anvers, 16 mai 1995, *A. & M.*, 1996, pp. 168-171 ; J. VELAERS, « De actuele toepassing van de grondwettelijke waarborgen inzake de vrijheid van de media », in *Jaarboek van het Universitair Centrum Mensenrechten, 1995-1996*, Anvers, Maklu, 1996, pp. 83-109 ; A. ALÉN, J. CLEMENT, G. VAN HAEGENDOREN et J. VAN NIEUWENHOVE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Anvers, Kluwer, 1995, spéc. n<sup>os</sup> 621-633 ; F. JONGEN, « Le juge des référés, une restriction non prévue par la loi? », obs. sous Civ. Liège (réf.), 19 octobre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, pp. 105-106 ; M. HANOTIAU et M. KADANER, « Le référé dans la presse écrite et dans l'audiovisuel », *Rev. dr. U.L.B.*, 1993, pp. 147-192 ; S. VELU, « Le juge des référés et la liberté d'expression », in *Présence du droit public et des droits de l'homme : mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 1757-1797 ; A. BEGASSE DE DHAEM, « Le référé préventif et la liberté d'expression », note sous Civ. Liège (réf.), 20 novembre 1991, *Act. Dr.*, 1991, pp. 1151-1158 ; E. BREWAEYS et D. VOORHOOF, « Het rechterlijk uitzendverbod van een (deel van) een TV-programma en de pers en de expressievrijheid », *R.G.D.C.*, 1991, pp. 197-220 ; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*,

lant de l'esprit du prescrit constitutionnel garantissant le droit fondamental qu'est la libre expression.

La question a par ailleurs récemment fait l'objet d'importantes précisions de la Cour de cassation, qui contribueront très certainement à alimenter le débat. Elle se pose avec d'autant plus d'acuité lorsque l'action est dirigée contre un mandataire politique, incarnant en quelque sorte le rôle démocratique de la liberté d'expression.

Le Président du tribunal de première instance de Namur a récemment rendu une décision intéressante dans ce cadre<sup>2</sup>, qui illustrera les points de droit abordés dans la présente contribution.

Les faits qui sont à l'origine de la demande peuvent être résumés comme suit. Dans le cadre de son activité de mandataire communal appartenant à un parti d'opposition, le défendeur à l'action principale (ci-après le défendeur) avait entendu dénoncer ce qu'il estimait être diverses irrégularités commises par la première demanderesse dans l'exécution de certains marchés confiés à cette dernière par la collectivité locale dans le conseil de laquelle il siège. Estimant ces propos attentatoires à sa réputation commerciale, et arguant qu'ils mettaient en péril sa survie même, la société concernée, ainsi que son administrateur délégué, assignèrent le conseiller concerné en référé afin de faire prononcer à sa charge, à peine d'astreinte, une interdiction de diffuser plus avant les critiques litigieuses.

L'intentement de cette action fut vivement critiqué par l'ensemble des membres du conseil communal, au nom de l'importance du débat démocratique, et l'affaire fut largement relayée par les médias<sup>3</sup>.

**2. Structure** Après un bref aperçu des arguments qu'avance la philosophie politique pour justifier la liberté d'exprimer et de diffuser ses opinions, l'on s'attachera à analyser la qualification des mesures demandées – ingérence préventive ou répressive – et les conséquences qu'il convient d'en tirer quant à leur admissibilité au regard des dispositions proclamant la liberté d'expression, tant par rapport à la Constitution en droit interne qu'au regard de

la protection supranationale qu'institue la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après C.E.D.H.). Comme nous le verrons, ces deux instruments, à côté d'autres divergences<sup>4</sup>, offrent des perspectives différentes à cet égard : alors que la Constitution est axée uniquement sur la distinction formelle entre mesures préventives et répressives, la C.E.D.H., elle, admet tant les ingérences préventives que répressives mais les entoure de garanties matérielles.

Sera également abordée l'incidence de la qualité de mandataire politique sur l'étendue de la liberté d'expression, et par voie de conséquence sur le bien-fondé des mesures postulées.

Enfin, une dernière partie sera consacrée à l'examen des conditions dans lesquelles le juge pourrait, à les supposer envisageables, ordonner des restrictions à la liberté d'expression.

**3. Méthodologie** Les différentes problématiques ci-dessus épinglées seront traitées sous l'angle du droit interne et de la jurisprudence qui en fait application, mais également du régime institué par la C.E.D.H. dont l'organe supranational de contrôle juridictionnel qu'est la Cour européenne des droits de l'homme assure l'effectivité en dernier ressort<sup>5</sup>.

## I. Les fondements philosophiques de la liberté d'expression

**4. Intérêt** La liberté d'expression est qualifiée de droit ou de liberté fondamental(e), vocable qui en souligne la nature essentielle dans l'ordre juridique et qui justifie la protection particulière qui lui est conférée.

Avant d'en analyser le régime juridique, il nous paraît indiqué de retracer brièvement les thèses présentées en faveur de la reconnaissance d'un caractère fondamental à cette prérogative. La connaissance et la compréhension

Anvers/Apeldoorn, Maklu, 1991, spéc. t. 1, pp. 210-231 ; E. BREWAEYS, « Persvrijheid en economische kritiek », note sous Bruxelles (réf.), 21 février 1990, *R.W.*, 1990-1991, pp. 91-93 ; J. DE MEYER, *Staatsrecht*, Louvain, Wouters, 1985, spéc. p. 528 ; D. VOORHOOF et J. BAERT, « Verbod tot verspreiden van een boek ? », note sous Civ. Anvers (réf.), 13 octobre 1983, *R.W.*, 1983-1984, col. 1992-1996 ; A. MAST et J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, 1983, Gand, Story-Scientia, spéc. n<sup>os</sup> 472-473 et 498 ; L. NEELS, « De media in het geding », *T.B.P.*, 1981, pp. 385-393.

<sup>2</sup> Civ. Namur (réf.), 27 juin 2006, cette revue, p. 172.

<sup>3</sup> Voy. par exemple les éditions de La libre Belgique des 22 et 23 juin 2006, [www.lalibre.be](http://www.lalibre.be) et les articles des 18 et 22 juin 2006 sur le site de la R.T.B.F., [www.rtbf.be](http://www.rtbf.be).

<sup>4</sup> Notamment quant à leur champ d'application matériel respectif. Voy. *infra*, n<sup>o</sup> 6.

<sup>5</sup> Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme cités dans la présente contribution peuvent être consultés sur <http://www.echr.coe.int/ECHR>.

des justifications ressortissant à la philosophie politique qui se trouvent à la base de la reconnaissance de la liberté de s'exprimer permet en effet de mieux cerner l'économie du système de protection institué. Elle permet aussi, par voie de conséquence, d'en déterminer les limites potentielles, découlant de la nature de l'argument utilisé. Par ailleurs, ces légitimations transparaissent souvent à l'appui des solutions données par la jurisprudence à des situations d'espèce. L'on ne saurait donc faire l'économie d'un exposé sommaire des réflexions qui animent la défense de la liberté d'expression dans sa relation avec d'autres intérêts protégés et qui, bien que non toujours explicités, conditionnent généralement les solutions retenues par la jurisprudence ou les auteurs de doctrine.

**5. Autonomie morale** Traditionnellement, trois arguments sont avancés en faveur de la liberté d'expression<sup>6</sup>. En premier lieu, la possibilité de s'exprimer librement a été justifiée en tant que condition nécessaire à l'épanouissement personnel de tout individu. Dès lors, sa garantie participe de la reconnaissance de l'autonomie morale de ce dernier, qui commande qu'une égale considération soit accordée à son expression. Contrairement aux justifications développées ci-dessous, cette conception éminemment libertaire repose sur la reconnaissance d'une valeur intrinsèque à l'expression individuelle et non en fonction des finalités que celle-ci est susceptible de servir. Cette approche, promue par l'éminent philosophe du droit américain Ronald DWORKIN<sup>7</sup>, présuppose une responsabilité morale des citoyens et induit un désaveu de toute ingérence – préventive ou répressive – dans l'exer-

cice de cette liberté. Dans son optique, il convient de laisser le public, et non les autorités publiques, seul juge de la validité des opinions exprimées. Elle se trouve à l'origine de la portée quasi absolue conférée à la liberté d'expression dans l'ordre constitutionnel américain<sup>8</sup>.

Cette approche est toutefois difficilement transposable dans le contexte belge, dont l'ordre juridique tant international qu'interne admet, pour autant qu'elles soient justifiées, que certaines restrictions soient apportées à la liberté d'expression, comme nous aurons l'occasion d'y revenir. Par ailleurs, elle confère *a priori* à la liberté d'expression une position privilégiée au détriment d'autres intérêts reconnus, tel que le droit au respect de la vie privée, qui n'apparaissent pas moins dignes de protection<sup>9</sup>. Enfin, son insistance sur l'égale considération due à tout discours, interdit de sanctionner tout propos, quelque heurtant ou manifestement erroné qu'il soit. Nous songeons ainsi aux dénégations du génocide commis par le régime national-socialiste allemand, ou la promotion d'une idéologie de suprématie basée sur l'appartenance à une prétendue race, dont l'on sait par ailleurs que la propagation est susceptible de poursuites pénales en droit belge<sup>10</sup>.

**6. Approche utilitariste** Selon un autre argument principal, élaboré par MILTON et développé par J.S. MILL<sup>11</sup>, la libre expression d'idées contribue à l'émergence et à la persistance de la vérité, induites par la confrontation d'opinions divergentes<sup>12</sup>. MILL pose en premier lieu la faillibilité des conceptions généralement admises, et leur perfectibilité subséquente ; l'apparition

<sup>6</sup> Sur ces questions, voy. J. VELAERS, « "De censuur kan nooit worden ingevoerd". Over de motieven van het censuurverbod », *op. cit.*, pp. 29-43, n<sup>os</sup> 20 à 33; K. LEMMENS, *op. cit.*, pp. 35-74.

<sup>7</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

<sup>8</sup> Elle ne souffre d'exceptions qu'en cas de « *clear and present danger* ». Sur le régime du Premier amendement en général, voy. J.A. BARRON et C.T. DIENES, *First Amendment Law in a Nutshell*, West Group Publishing, 2004. Pour un commentaire des relations entre la liberté d'expression en relation avec le droit à la vie privée, voy. D. E. FIALKOW, « The Media's First Amendment Rights and the Rape Victim's Right to Privacy: Where Does One Right End and the Other Begin? », *Suffolk U. L. Rev.*, 2006, pp. 745-772.

<sup>9</sup> Sur le concept de « *preferred position* » et son évolution, voy. K. LEMMENS, *op. cit.*, pp. 102-107.

<sup>10</sup> Lois du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie et du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale. A l'inverse de la Cour européenne (Voy. Cour eur. D.H., *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994), la Cour suprême des Etats-Unis considère que la protection du premier amendement s'étend au « *hate speech* » (discours de haine) (J. C. KNECHTLE, « When To Regulate Hate Speech », *Penn St. L. Rev.*, 2006, pp. 539 et svts., spéc. p. 559 ; voy. également M. ROSENFELD, « Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis », *Cardozo L. Rev.*, 2003, pp. 1523-1567).

<sup>11</sup> J.S. MILL, *On Liberty*, New Haven, Yale University Press, 2003. D'autres auteurs ont repris cette idée sous la forme du « *free market of ideas* » (voy. K. LEMMENS, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 30-36 et les références citées).

<sup>12</sup> Pour une analyse plus détaillée de cette conception, voy. K. LEMMENS, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 16-17 ; J. VELAERS, « "De censuur kan nooit worden ingevoerd". Over de motieven van het censuurverbod », *op. cit.*, pp. 35-38, n<sup>os</sup> 25-27.

de nouvelles idées et la concurrence d'opinions permet, d'une part, de parfaire l'exactitude des discours sur la réalité, et d'autre part, d'affirmer l'autorité des vérités reconnues<sup>13</sup>. Toute diffusion d'idées contribue ainsi à la manifestation de la vérité et il convient par conséquent de n'en interdire aucune.

Il n'en reste pas moins que l'approche utilitariste présente plusieurs aspects problématiques. Le plus évident de ceux-ci a trait à la valeur intrinsèque et absolue qu'elle attache à la vérité<sup>14</sup>. Or, la quête de la vérité peut porter atteinte à d'autres intérêts protégés par l'ordre juridique<sup>15</sup>. Il en va certainement ainsi du droit au respect de la vie privée, lequel prémunit précisément son titulaire contre la publicité donnée à certains aspects personnels de sa vie hors son consentement<sup>16</sup>. En propageant des informations non divulguées par les personnes concernées<sup>17</sup>, telles l'état de santé d'individus médiatisés<sup>18</sup> ou encore l'homosexualité présumée de membres d'un groupe de musique en vogue<sup>19</sup>, l'exercice de la liberté d'expression porte atteinte à cette autre prérogative fondamentale. D'autres valeurs, énoncées à l'article 10.2 de

la Convention européenne des droits de l'homme, sont également susceptibles de commander des restrictions à la liberté d'expression<sup>20</sup>, notamment la sécurité nationale ou la morale.

La conception défendue par MILL trouve un écho dans notre droit positif, même s'il conduit à une solution opposée à celle de cet auteur. La jurisprudence attache en effet des conséquences à la véracité des faits rapportés ou à la vraisemblance des opinions exprimées lorsqu'elle détermine la portée de la liberté d'expression. Elle fait donc implicitement appel à l'argument précité, à travers les limites qu'elle croit devoir en déduire<sup>21</sup>. Sur la base de la distinction que sa jurisprudence établie opère entre les faits rapportés et les jugements de valeur<sup>22</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme considère ainsi que les éléments factuels allégués doivent pouvoir être prouvés, et que la protection accordée par la Convention ne s'étend pas à la propagation de faits manifestement erronés<sup>23</sup>. De même, si elle décide de manière tout aussi constante que l'expression de jugements de valeur ne peut être soumise à la démonstration de leur exactitude<sup>24</sup>,

<sup>13</sup> Les opinions véhiculées recelant en leur grande majorité des éléments de vérité, il résultera de leur confrontation, dans cette conception, une vérité plus complète. Anticipant la réversibilité de cet argument que le lecteur alerte n'aura pas manqué d'apercevoir, Mill rappelle également que même la diffusion d'une considération dont le caractère erroné peut être démontré sert le but qu'il assigne à la liberté d'expression, dès lors que la contestation qui s'ensuivra amènera inévitablement à confirmer la validité de la proposition communément admise.

<sup>14</sup> L'on relèvera également que le lien de causalité entre la confrontation des idées et l'émergence de la vérité sur lequel repose la conception millienne apparaît pour le moins elliptique, et pose de nombreuses questions qui dépassent de loin notre propos. Pour une approche critique à la fois pertinente et succincte de ces questions, voy. K. LEMMENS, *op. cit.*, pp. 43-46.

<sup>15</sup> K. LEMMENS, *op. cit.*, pp. 41-42, n<sup>os</sup> 21-23 ; J. VELAERS, « "De censuur kan nooit worden ingevoerd". Over de motieven van het censuurverbod », *op. cit.*, p. 39, n<sup>o</sup> 28.

<sup>16</sup> Cette question fait l'objet d'une résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, laquelle invite les Etats membres entre autres choses à « *prévoir une action judiciaire d'urgence au bénéfice d'une personne qui a connaissance de l'imminence de la diffusion d'informations ou d'images concernant sa vie privée, comme la procédure de référé ou de saisie conservatoire visant à suspendre la diffusion de ces données, sous réserve d'une appréciation par le juge du bien-fondé de la qualification d'atteinte à la vie privée* » (Résolution 1165 [1998] relative au droit au respect de la vie privée du 26 juin 1998, pouvant être consultée sur [www.assembly.coe.int](http://www.assembly.coe.int)).

<sup>17</sup> La solution vaut quelle que soit la véracité des propos tenus, dès lors que, s'agissant d'aspects sur lesquels une personne ne peut être tenue de se prononcer, il ne lui appartient pas d'infirmer les informations divulguées sans son consentement et qui seraient erronées (J. VELAERS, « "De censuur kan nooit worden ingevoerd". Over de motieven van het censuurverbod », *op. cit.*, p. 39).

<sup>18</sup> Liège, 30 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 9 ; Cour eur. D.H., *Editions Plon c. France*, 18 mai 2004.

<sup>19</sup> Voy. Gand (réf.), 12 juin 2001, *R.G.D.C.*, 2003, pp. 305 et svts, et note S. SOTTIAUX, « Het conflict tussen de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy ».

<sup>20</sup> Sur cette question, voy. D. VOORHOOF, « Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting », in *Handboek E.V.R.M. Deel II. Artikelsgewijze commentaar*, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 978-982.

<sup>21</sup> Selon Mill, toutes opinions, même manifestement erronées, méritent une protection dans la mesure où elles contribuent à affirmer l'autorité de la vérité (voy. *supra*, note 14).

<sup>22</sup> Voy. par exemple Cour eur. D.H., *Jerusalem c. Autriche*, 27 février 2001, § 42.

<sup>23</sup> D. VOORHOOF, « Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting », *op. cit.*, pp. 1001-1002 et les références citées en note 648.

<sup>24</sup> Comme l'a récemment indiqué la Cour : « *lorsqu'une déclaration s'analyse en un jugement de valeur, la proportionnalité de l'ingérence*



l'existence d'une base factuelle suffisante à l'appui de jugements de valeur détermine l'étendue de la protection conférée à ces derniers, particulièrement lorsque ces jugements sont dirigés contre une personne nommément identifiée<sup>25</sup>. Bien que pour leur part elles couvrent uniquement l'expression de points de vue et d'opinions<sup>26</sup>, à l'exclusion des allégations de fait, les dispositions constitutionnelles internes ne s'opposent pas à la sanction de propos dénués de fondement suffisant. Il a été jugé en ce sens qu'« *il y a abus du droit de la liberté de presse notamment quand celle-ci diffuse des accusations inconsidérées sans preuves suffisantes* »<sup>27</sup>, « *dat het tot de rol van de pers in een democratische samenleving behoort de openbare opinie in te lichten over de rol van de overheid [... doch] dat dit dient te geschieden met grote waarheidsgetrouw* »<sup>28</sup> ou encore que « *par référence à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une publication faite par voie de presse doit tendre à être conforme à la vérité* » en telle sorte que celui qui a diffusé des informations qu'il savait, ou devait savoir, ne pas être conforme à la réalité commet une faute<sup>29</sup>.

**7. Paradigme procédural** Enfin, la nécessité d'une liberté d'expression a également été défendue en raison du rôle cardinal qu'elle joue dans la construction et le bon fonctionnement d'un régime démocratique. Cet argument revêt une pertinence particulière à l'égard de la liberté d'expression des mandataires politiques. Le lien dialectique entre la reconnaissance d'une liberté d'expression aux gouvernés et la réalisation de l'ordre démocratique a été particulièrement mis en lumière, à une époque récente, dans les travaux de Jürgen HABERMAS<sup>30</sup>. Synthétiquement, la légitimité des propositions normatives contenues dans les règles juridiques adoptées procède de la discussion auxquelles elles ont donné lieu et de l'accord qui s'en est suivi dans les enceintes investies de pouvoir décisionnel, sous le contrôle néanmoins de l'opinion publique. Elle suppose donc en premier lieu la présence d'idées concurrentes concernant les questions d'intérêt public. Elle requiert également que les citoyens puissent discuter de ces questions, en ce compris critiquer la gestion menée, et participer ainsi activement au débat politique<sup>31</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme s'inscrit résolument dans cette perspective. Elle rappelle en effet régulièrement que « *la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de toute société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent ; ainsi les veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lequel il n'y a pas de "société démocratique"* »<sup>32</sup>. Ceci explique la position privilégiée qu'occupe le discours portant sur des questions d'intérêt général dans la jurisprudence de cette Cour<sup>33</sup>.

Au même titre que l'argument tiré de la manifestation de la vérité, la conception de la liberté d'expression

*peut être fonction de l'existence d'une base factuelle suffisante car, faute d'une telle base, un jugement de valeur peut lui aussi se révéler excessif* » (Cour eur. D.H., *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 15 février 2005, § 87). Voy. également Cour eur. D.H., *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie*, 17 décembre 2004, § 99 ; Cour eur. D.H., *Jerusalem c. Autriche*, 27 février 2001, § 42.

<sup>25</sup> Voy. D. VOORHOOF, « Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting », *op. cit.*, pp. 1000-1010.

<sup>26</sup> La Cour de cassation considère ainsi de manière constante qu'« *une photographie, bien qu'elle soit reproduite par la presse, dans l'acception la plus large, n'est que la reproduction d'un objet matériel et n'est pas directement l'expression d'une pensée ou la manifestation d'une opinion au sens que les articles 19 et, partant, 25 de la Constitution coordonnée attachent à cette expression* » (Cass., 28 juin 2004, C.02.0412.F, [www.cass.be](http://www.cass.be) ; Cass. 2 mars 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 697). Voy. également Anvers (réf.), 8 février 1999, *A. c. M.*, 1999, et la note de D. VOORHOOF, « Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire Dutroux : censure illicite ou mesure nécessaire ? », pp. 241 et svts. ; D. VOORHOOF, « Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting », *op. cit.*, p. 900, n° 76.

<sup>27</sup> Bruxelles, 16 février 2001, *A. c. M.*, 2002, p. 284.

<sup>28</sup> Bruxelles, 25 septembre 1996, *A. c. M.*, 1997, p. 79.

<sup>29</sup> Liège, 12 février 1997, *J.T.*, 1997, p. 298.

<sup>30</sup> J. HABERMAS, « A Reconstructive Approach to Law I : The System of Rights », in *Between Facts and Norms*, Bodmin, Polity Press, 1997, pp. 84-102 ; J. HABERMAS, « Remarks on the Legitimation Through Human Rights », *Social Philosophy and Criticism*, 1997, pp. 157-163.

<sup>31</sup> Sur ces questions, voy. B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, 1998, pp. 66-75.

<sup>32</sup> Formule classique depuis l'arrêt Handyside (Cour eur. D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49). Voy. D. VOORHOOF, « Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting », *op. cit.*, n° 203.

<sup>33</sup> *Ibid.*, pp. 902-903, n° 78.

comme instrument de l'ordre démocratique n'offre à celle-ci qu'une justification toute relative, qui ne peut valoir pour les discours à caractère commercial ou privé<sup>34</sup>, sans contenu proprement politique ou intéressant la conduite des affaires publiques. Cependant, la Cour européenne considère que ces discours bénéficient également de la protection conventionnelle, bien qu'à un degré moindre<sup>35</sup>.

**8. Synthèse** En conclusion, aucun des fondements proposés n'apparaît pleinement satisfaisant. L'argument déduit de l'autonomie morale des citoyens ne peut être retenu, en tant qu'il aboutit à conférer à la liberté d'expression une portée absolue que ne lui reconnaissent pas les textes positifs applicables, et qui apparaît du reste problématique. Les fondements téléologiques qui voient dans la liberté d'expression un moyen au service d'une fin supérieure – la construction de la vérité ou de l'ordre démocratique – n'offrent par définition qu'une justification relative : elles se bornent à indiquer pourquoi certaines formes d'expression méritent une protection particulière<sup>36</sup>.

Malgré leurs imperfections, ces principes demeurent toutefois convaincants dans une large mesure, d'autant qu'ils peuvent être cumulés. Ils ont amplement inspiré les auteurs des textes de droit positif garantissant la liberté d'expression, au premier chef desquels le Congrès national<sup>37</sup> et les rédacteurs de la C.E.D.H. Ceux-ci ont en effet chacun instauré, même si en des termes différents, un régime tendant à garantir la libre manifestations des opinions.

## II. La notion et la licéité des mesures d'ingérence préventive

### A. Les garanties de la liberté d'expression en droit positif belge

**9. Fondement constitutionnel** Ayant à l'esprit le régime d'autorisation des publications pratiqué sous l'Ancien Régime et réintroduit par Napoléon, ainsi que les procès en responsabilité débouchant souvent sur de lourdes condamnations de la presse méridionale d'opposition sous le régime néerlandais<sup>38</sup>, le Congrès national entendait marquer une volonté de rupture radicale avec les régimes de restrictions antérieurement en vigueur. Il a par conséquent inscrit la liberté d'expression dans notre charte fondamentale en termes particulièrement incisifs, demeurés inchangés depuis lors.

La libre expression repose sur un double fondement constitutionnel. D'une part, l'article 19 porte que « *la liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés* ». D'autre part, l'article 25 dispose que « *la presse est libre; la censure ne pourra jamais être établie; il ne peut être exigé de cautionnement des écrivains, éditeurs ou imprimeurs. Lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique, l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peut être poursuivi* ».

**10. Angle répressif** Il appert du texte de ces dispositions que le Constituant aborde les restrictions à la liberté d'expression uniquement sous l'angle répressif<sup>39</sup>. La Constitution admet en effet que le législateur érige en infraction pénale l'expression de certaines opinions, et confie au jury populaire de la cour d'assises le soin de connaître de telles infractions<sup>40</sup> (sous la réserve, depuis

<sup>34</sup> Sur la distinction entre discours public et discours privé, voy. K. LEMMENS, *op. cit.*, pp. 143-146.

<sup>35</sup> *Ibid.*, pp. 53-54, n<sup>os</sup> 38-40. En outre, cette conception recèle des contradictions potentielles, qui ne présentent toutefois qu'un intérêt très réduit dans le cadre qui nous occupe (voy. l'ouvrage précité, pp. 55-65).

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>37</sup> Qui, comme chacun sait, fut l'organe constituant lors de la création de l'Etat belge en 1830.

<sup>38</sup> Pour un examen approfondi des différents régimes de restrictions sous l'Empire et le Royaume des Provinces-Unies, voy. J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 69-75.

<sup>39</sup> Article 19 : « *sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés* » ; article 25 : « *lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique, l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peut être poursuivi* » (nous soulignons).

<sup>40</sup> « *Le jury est établi en toutes matières criminelles et pour les délits politiques et de presse* » (art. 150 Const.).



une modification du texte constitutionnel intervenue en 1999, des délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie). En raison de la lourdeur et du coût de la procédure d'assises, de la publicité indésirable qu'elle engendrait et des fréquents verdicts d'acquiescement, ce n'est plus qu'exceptionnellement que des délits de presse entraînent des poursuites devant cette juridiction<sup>41</sup>.

Les victimes se sont dès lors détournées du juge pénal à la faveur du juge civil, qui, bien que cette hypothèse n'ait pas été expressément prévue par le texte constitutionnel, peut prononcer le paiement de dommages et intérêts à charge d'une personne qui fait un usage fautif de sa liberté d'expression causant un dommage à un tiers<sup>42</sup>, <sup>43</sup>. En effet, selon la formule de la Cour de cassation, « *les intérêts privés sont restés sous la protection du droit commun* »<sup>44</sup>.

Ces sanctions civiles et pénales s'inscrivent toutefois dans une perspective répressive. En effet, ces mesures interviennent postérieurement à l'exercice de la liberté d'expression. Faut-il en déduire que ne seraient pas admissibles dans l'ordre juridique belge des mesures d'ingérence *préventive*, qui peuvent, sous la réserve des précisions apportées ci-après<sup>45</sup>, être définies comme des interventions *a priori*, avant que la liberté n'ait pu s'exercer<sup>46</sup>?

**11. Egalement des mesures préventives ?** La question s'est posée principalement à l'occasion d'actions portées devant les juges des référés par des particuliers qui s'estimaient indûment lésés. L'exercice de la liberté d'expression peut donner lieu à une violation des droits d'autrui, notamment la vie privée, ou encore l'honneur et la réputation, bref ce qu'il est convenu d'appeler les droits de la personnalité<sup>47</sup>. Certains d'entre eux ont estimé que l'atteinte à leurs droits ou intérêts commandait une prompt intervention judiciaire, afin de limiter voire empêcher la publicité injustifiée de l'opinion concernée.

Depuis une trentaine d'années, les juridictions de référé ont ainsi été saisies – parfois par voie de requête unilatérale – de demandes émanant de justiciables qui tendaient à faire prononcer, sous peine d'astreinte<sup>48</sup>, soit une interdiction de publication ou une suspension de la diffusion (déjà entamée) de certains écrits destinés au public, soit l'interdiction de la diffusion d'émissions audiovisuelles. Ces personnes faisaient toutes valoir que l'exercice de la liberté d'expression porterait atteinte à leur vie privée, à leur réputation, à leur honneur ou à leur dignité<sup>49</sup>, <sup>50</sup>.

Ainsi, la Ligue des droits de l'Homme a-t-elle sollicité, sur requête unilatérale, d'interdire provisoirement la publication du numéro d'un périodique contenant une

<sup>41</sup> La dévolution des délits de presse à la cour d'assises assure de fait aux auteurs de délits de presse ou politiques une impunité pénale, qui ne correspond pas à l'intention du Constituant. Ce dernier désirait simplement assortir la répression de ces infractions de garanties particulières. Cette impunité est d'ailleurs précisément la raison qui a déterminé la révision constitutionnelle pour permettre au tribunal correctionnel de connaître des délits inspirés par le racisme ou la xénophobie au tribunal correctionnel.

<sup>42</sup> Cass., 29 octobre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 232 ; Cass., 4 décembre 1952, *Pas.*, 1953, I, p. 215 ; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, *op. cit.*, pp. 208-210. Pour des cas d'application récents, voy. Bruxelles, 16 février 2001, A. *et M.*, 2002, pp. 282 et svts. ; Liège, 12 février 1997, *J.T.*, 1997, p. 298.

<sup>43</sup> Pour un examen du régime de cette responsabilité, voy. H. VANDENBERGHE, « Over civielrechtelijke pers aansprakelijkheid. Een stand van zaken. » in M. DEBAENE et P. SOENS (éd.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 109-155 ; K. LEMMENS, *op. cit.*, pp. 365-398 ; E. MONTERO, *op. cit.*, pp. 95-134 ; H. VANDENBERGHE, « Over pers aansprakelijkheid », *T.P.R.*, 1993, pp. 843-883 ; J. MILQUET, « La responsabilité aquilienne de la presse », *Ann. dr. Louvain*, 1989, pp. 33-104.

<sup>44</sup> Cass., 14 juin 1883, *Pas.*, 1883, I, p. 267, et les conclusions conformes de M. le Procureur Général FAIDER ; Cass., 24 janvier 1863, *Pas.*, 1864, I, p. 110, et les conclusions conformes de M. le Procureur Général FAIDER, alors Premier avocat général.

<sup>45</sup> Voy. *infra*, n°s 22-23.

<sup>46</sup> Par opposition aux mesures (ou ingérences) répressives ou encore *a posteriori*, qui interviennent après l'exercice du droit de s'exprimer.

<sup>47</sup> Pour une remarquable étude consacrée à la question à la fois sous l'angle constitutionnel et européen, voy. K. LEMMENS, *op. cit.*, spéc. pp. 210-290 et 399-441.

<sup>48</sup> Depuis qu'elle a été introduite en droit belge du moins.

<sup>49</sup> Pour un exposé complet et systématique, mais déjà ancien : A. SCHAUS, *op. cit.*, pp. 1152-1170.

<sup>50</sup> La circonstance que la personne préjudiciée constitue une personne morale est sans incidence à cet égard, dès lors que la majorité de la doctrine et de la jurisprudence s'accorde à reconnaître aux personnes morales le bénéfice des droits de la personnalité qui ne sont pas intimement liés à la personne humaine, tels que la protection de la réputation et de l'honneur (V. SIMONART et T. TILQUIN, *Traité des sociétés - tome I*, Diegem, Kluwer, 1996, pp. 663-664, n° 879 et les références citées ; voy. également Liège, 12 février 1997, *J.T.*, 1997, p. 298).

« liste des pédophiles présumés belges » devant paraître le lendemain de la requête<sup>51</sup>. Un médecin dont la compétence professionnelle est questionnée dans une édition de l'émission « Au nom de la loi » requiert qu'il soit fait interdiction à la R.T.B.F. de diffuser celle-ci<sup>52</sup>. D'autres encore entendirent faire prononcer à charge d'un échevin une interdiction de continuer à faire des déclarations critiques à leur égard qu'ils estiment attentatoires à leur réputation ou à leur honneur, que ce soit par voie de presse écrite ou audiovisuelle<sup>53</sup>.

L'ordonnance précitée du juge des référés de Namur concerne une demande du même acabit. Elle tendait en effet à faire condamner le mandataire communal impliqué « à cesser provisoirement (et jusqu'à l'intervention d'une décision au fond) toute diffusion (par quelque moyen de diffusion que ce soit) d'accusations et/ou critiques selon lesquelles :

– en ce qui concerne l'un et/ou l'autre des chantiers Centre sportif Octave Henry, commissariat de police d'Hastedon et salles de mariage dans l'ancien Musée de la forêt : S. rend des services de mauvaise qualité (notamment des études incomplètes, des erreurs, etc.) afin de faire (ainsi) augmenter sérieusement les prix en comparaison avec les prix initiaux et ce, par le biais de suppléments en cours de travaux, qu'elle se permet, le cas échéant, de réaliser sans ordre de travail du maître de l'ouvrage;

– en ce qui concerne le projet avenue de la Pairelle : S. est associé par ses services architecturaux à la construction d'un immeuble avec un étage en trop par rapport au permis de bâtir»,

le tout, sous peine d'une astreinte de 2.500 euros par acte de diffusion en contravention à ladite condamnation »<sup>54</sup>.

La doctrine et le jurisprudence ne sont pas unanimes, tant en ce qui concerne le principe de l'interdiction des mesures d'ingérence préventive (b) que dans la définition

qu'elles donnent de ces mesures (c), questions qui sont au demeurant étroitement liées. L'analyse de ces questions amènera à déterminer le champ d'application respectif des deux dispositions constitutionnelles susvisées. La Cour de cassation a récemment rendu deux arrêts de principe en la matière<sup>55</sup>, qui tranchent certains aspects de la controverse.

Le bien-fondé des mesures postulées en référé a été critiqué en ordre principal sous l'angle de leur constitutionnalité, et subsidiairement de leur compatibilité avec les exigences de la Convention européenne. Il convient en effet de ne pas perdre de vue que la protection de la libre manifestation de ses opinions ne résulte pas des seules dispositions constitutionnelles, mais qu'elle fait également l'objet de l'article 10 de la Convention C.E.D.H.<sup>56</sup>. Les garanties qu'offre cette Convention sont appelées à compléter le cas échéant la protection constitutionnelle.

## B. La licéité des mesures d'ingérence préventive

Dans cette section, sera examinée l'admissibilité d'ingérence *a priori* au regard des différentes dispositions garantissant la liberté d'expression à la lumière de l'intention de leur auteur et des décisions qui en font application, mais également la portée de ces dispositions et les relations qu'elles entretiennent entre elles.

### 1. Le régime de la Convention européenne des droits de l'Homme

**12. Absence de contrariété inhérente** Conformément à l'enseignement contenu dans l'arrêt *Le Ski*<sup>57</sup>, les dispositions de la Convention européenne priment, en raison de

<sup>51</sup> Civ. Namur (réf.), 9 août 2000, *J.L.M.B.*, 2000, pp. 1182 et svts.

<sup>52</sup> Bruxelles (réf.), 21 décembre 2001, *A. & M.*, 2002, pp. 180 et svts ; Cass., 2 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1402 et svts.

<sup>53</sup> Civ. Anvers (réf.), 16 mai 1995, *A. & M.*, 1996, pp. 166-168.

<sup>54</sup> Civ. Namur, 27 juin 2006, cette revue, p. 172. Nous soulignons. L'on notera, par souci d'exactitude, qu'il s'agit du chef de demande développé en ordre subsidiaire, qui vient préciser la demande principale telle qu'elle ressortait de la citation et qui visait à faire ordonner la cessation de toute « critique litigieuse ». Le cité y avait opposé une exception d'irrecevabilité *obscuri libelli* en définitive rejetée par le Président.

<sup>55</sup> Cass., 2 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1402 ; Cass., 29 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 420. Les enseignements pertinents de ces arrêts seront analysés plus loin.

<sup>56</sup> Il ne s'agit pas de la seule disposition de droit international en la matière ; l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques garantit également la liberté d'expression, mais moins largement que la C.E.D.H. Dans la mesure où priment les dispositions les plus favorables, le présent commentaire envisagera la protection supranationale uniquement sous l'angle de l'article 10 de la C.E.D.H.

<sup>57</sup> Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886, et les conclusions conformes de M. le Procureur Général GANSHOF van der MEERSCH.

leur caractère directement applicable<sup>58</sup>, pour autant que le droit interne soit plus restrictif. Il convient dès lors d'examiner en premier lieu si le régime européen de sauvegarde des droits fondamentaux permet des ingérences *a priori*. Le cas échéant, seulement, il s'agira d'examiner la constitutionnalité de ces mesures.

La Cour européenne a jugé à plusieurs reprises que l'article 10 n'excluait pas nécessairement l'adoption de mesures d'ingérence préventive<sup>59</sup>. Elle considère toutefois qu'en raison de l'importance du danger que de telles restrictions représentent pour la liberté d'expression et la démocratie, elles appellent un contrôle particulièrement rigoureux. Au regard du régime conventionnel européen, la nature préventive de la mesure alourdit donc le contrôle de proportionnalité.

## 2. Le régime constitutionnel

**13. Primauté de la norme la plus favorable** Même si la Cour européenne admet la licéité dans son principe des

restrictions préventives, cette circonstance ne dispense pas de l'examen de la constitutionnalité de celles-ci. En effet, il suit de la règle particulière de conflit de normes contenue à l'article 53 de la Convention<sup>60</sup> que les dispositions de cette dernière forment une garantie minimale qui s'impose aux Etats membres mais ne saurait constituer un obstacle à l'application de mesures nationales plus protectrices.

### a. La portée de l'article 25 de la Constitution

**14. Origine et portée - controverses** L'examen de la constitutionnalité des mesures préventives appelle quasi-naturellement à se pencher sur l'article 25 de la Constitution, qui comparé à l'article 19 a le plus directement trait à la question. En posant que « *la censure ne pourra jamais être établie* », le Constituant a entendu rompre avec les régimes antérieurs et proclamer « *une liberté pleine et entière pour la presse* »<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> Les dispositions de la Convention consacrant l'interdiction de principe de toute ingérence des Etats parties dans les droits fondamentaux reconnus aux personnes se trouvant sous leur juridiction sont suffisamment précises pour créer des droits ou des obligations au profit de particuliers (J. VELU, *Les effets directs des traités internationaux en général et des instruments internationaux en matière de droits de l'homme en particulier*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 24).

<sup>59</sup> Voy. e.a. Cour eur. D.H., *Ekin c. France*, 17 juillet 2001, § 56 (dans une affaire où fut interdite la publication d'un livre en raison de ce qu'il encouragerait le séparatisme et le recours à l'action violente) ; Cour eur. D.H. (séance plén.), *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, § 60 (à propos d'une ordonnance judiciaire portant interdiction de diffuser certains propos recueillis auprès d'un agent secret) (voy. cependant l'opinion dissidente sur les restrictions préalables des juges DE MEYER, PETTITI, RUSSO, FOIGHEL et BIGI, selon laquelle « *on ne saurait [en temps de paix et sous réserve de situations de dérogation valable] admettre en aucune circonstance l'imposition de restrictions préalables, même sous la forme d'injonctions judiciaires, aussi bien temporaires que permanentes* ») ; Cour. eur. D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 2)*, 26 novembre 1991, § 51 ; Cour eur. D.H., *Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, 20 novembre 1989, série A, n° 165 (dans laquelle la Cour déclara admissible une interdiction judiciaire de répéter des déclarations contenues dans un article publié en tant qu'ils étaient constitutifs de concurrence déloyale) ; Cour. eur. D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, 26 avril 1979, § 30 ; J. VELAERS, « De actuele toepassing van de grondwettelijke waarborgen inzake de vrijheid van de media », *op. cit.*, p. 85. Dans un autre arrêt, la Cour releva toutefois que l'« *aspect préventif [de l'ingérence litigieuse] soulève à lui seul des problèmes sur le terrain de l'article 10* » (Cour eur. D.H., *Incal c. Turquie*, 9 juin 1998, § 47).

<sup>60</sup> Suivant lequel « *aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie* ».

<sup>61</sup> E. HUYTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique 1830-1831*, Bruxelles, Wahlen, 1844, p. 608. Pour une remarquable analyse des travaux parlementaires de la Constitution relatifs à la liberté d'expression et la comparaison avec les régimes antérieurement en vigueur, voy J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, *op. cit.*, pp. 90-139.

La jurisprudence<sup>62</sup> et la doctrine<sup>63</sup> majoritaires, surtout dans le Nord du pays, considèrent que ce texte, du moins lorsqu'il trouve à s'appliquer<sup>64</sup>, fait obstacle à ce que le juge prononce des interdictions de publication ou des cessations de diffusion préventives<sup>65</sup>. Telle paraît également être la position de la Cour de cassation lorsqu'elle décide qu'en ordonnant le retrait d'un numéro d'une revue hebdomadaire de tous les points de vente où celui-ci avait été diffusé, après avoir constaté qu'il avait « *déjà reçu une large diffusion au moment de la signification de l'ordonnance de retrait* », l'arrêt entrepris ne viole pas la prohibition constitutionnelle de la censure<sup>66</sup>. Il peut s'en déduire *a contrario* que méconnaîtrait le prescrit constitutionnel la décision qui ordonnerait le retrait d'une publication qui n'a connu aucune diffusion<sup>67</sup>.

Il existe cependant une tendance prétorienne qui considère qu'un contrôle judiciaire préalable ne méconnaît pas l'article 25 de la Constitution<sup>68</sup>, soutenue en cela par une fraction de la doctrine<sup>69</sup>. La Charte fondamentale autoriserait par conséquent l'interdiction d'une publication par voie d'ordonnance, notamment en vue de pré-

venir les atteintes au droit à la vie privée ou à la réputation de tiers.

**15. Ratio** Il a ainsi été soutenu, sur la base d'une interprétation littérale de cette disposition, que la prohibition édictée visait uniquement un contrôle systématique, et non des mesures ponctuelles de contrôle préalable exercé à l'initiative de particuliers, en sorte que le contrôle exercé par le juge des référés ne tomberait pas sous le coup de l'interdiction constitutionnelle<sup>70</sup>.

Cette conception ne nous paraît pas pouvoir être retenue. En premier lieu, elle méconnaît l'esprit de la Charte fondamentale. En effet, le texte de ce qui allait devenir l'article 25 (actuellement), se présentait initialement comme suit : « *Chacun a le droit de se servir de la presse et d'en publier les produits, sans pouvoir jamais être astreint ni à la censure, ni à aucune mesure préventive, et sauf la responsabilité pour les écrits publiés qui blesseraient les droits d'un individu, soit de la société* ». Cette formulation n'a été modifiée que pour ne pas porter atteinte au droit de timbre perçu sur les journaux. Il apparaît égale-

<sup>62</sup> Civ. Bruxelles (réf.), 22 août 1991, *Cab. dr. jud.*, 1991, n° 6, p. 177 (à propos de la demande d'interdiction de la publication d'un livre à paraître concernant les faits reprochés à un individu en raison du risque d'influence sur les jurés de la cour d'assises appelée à se prononcer sur ces faits) : « *que les mesures sollicitées par le demandeur (...) se heurtent manifestement au prescrit de l'article (25) de la Constitution (...); que ce serait instaurer (une) censure que de permettre au demandeur de subordonner la publication d'un ouvrage, à paraître, à son examen et autorisation préalables* » ; Bruxelles, 21 février 1990, *R. W.*, 1990-1991, pp. 89 et svts (à propos d'une demande d'interdiction de la publication de tests menés par une association de consommateurs, notamment sur des appareils du demandeur originaire qui en contestait les résultats) : « *overwegende dat (...) de Grondwet een systeem heeft ingevoerd waarbij enerzijds, elke censuur, d.w.z. elke preventieve controle uitgeoefend door de overheid door een voorafgaandelijk verbod of verlof, wordt verboden* ». Voy. également Anvers (réf.), 8 février 1999, *A. & M.*, 1999, p. 246, n° 8.1 ; Civ. Anvers (réf.), 28 octobre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 87 ; Civ. Bruxelles (réf.), 9 janvier 1997, *A. & M.*, 1997, p. 197 ; Civ. Bruxelles (réf.), 18 octobre 2001, *A. & M.*, 2002, p. 82, et les nombreuses références citées dans J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, *op. cit.*, pp. 486-487 en notes 4 et 7-14.

<sup>63</sup> K. LEMMENS, *op. cit.*, n° 426 ; D. DE PRINS, *op. cit.*, p. 1449 ; M. HANOTIAU, *op. cit.*, p. 211, n° 4 *in fine* ; A. ALEN, J. CLEMENT, G. VAN HAEGENDOREN et J. VAN NIEUWENHOVE, *op. cit.*, n° 626 ; M. HANOTIAU et M. KADANER, *op. cit.*, p. 152 ; E. BREWAEYS, *op. cit.*, p. 92 ; J. DE MEYER, *op. cit.*, p. 528 ; *R.P.D.B.*, v° « Liberté de presse et droit de réponse », Bruxelles, Bruylant, 1938, n° 16 ; D. VOORHOOF et J. BAERT, *op. cit.*, col. 1992 et 1993 ; A. MAST et J. DUJARDIN, *op. cit.*, n°s 472 et 498 ; P. WIGNY, *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1952, n°s 221 et 222.

<sup>64</sup> Voy. *infra*, n° 19.

<sup>65</sup> Comme il sera exposé ci-dessous, de telles mesures ne revêtent en effet pas toutes un caractère préventif (voy. *infra*, C).

<sup>66</sup> Cass., 29 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 420 (décision sur la première branche du troisième moyen).

<sup>67</sup> En ce sens, J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 490, n° 6 ; D. DE PRINS, *op. cit.*, p. 1449 ; F. JONGEN, « Le juge est-il un censeur ? », *op. cit.*, p. 1592.

<sup>68</sup> Civ. Anvers (réf.), 29 octobre 1999, *A. & M.*, 2000, pp. 87-89 ; voy. également Bruxelles, 29 avril 1983, *Pas.*, 1983, II, p. 96 ; Civ. Bruxelles (réf.), 31 août 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1212. Ce courant jurisprudentiel a été inauguré par un arrêt déjà ancien de la cour d'appel de Bruxelles, par laquelle cette dernière dit pour droit qu'une mesure de retrait d'un ouvrage peut être ordonnée par le juge des référés, pour autant qu'il présente un caractère offensant évident et que l'interdiction atteigne l'objectif recherché (Bruxelles, 30 juin 1975, *J.T.*, 1975, p. 534).

<sup>69</sup> Voy., outre les auteurs cités ci-après, A. BEGASSE DE DHAEM, *op. cit.*, pp. 1154-1155.

<sup>70</sup> F. JONGEN, « La censure administrative en Belgique », in *Censures – Censure, Actes du colloque du 16 mai 2003*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 53-55 ; F. JONGEN, « Le juge est-il un censeur ? », *op. cit.*, p. 1592.

ment que les auteurs entendaient, par la rédaction définitive de la disposition, viser toutes les autres mesures préventives<sup>71</sup>. Il s'ensuit qu'en proclamant l'interdiction de la censure, le Constituant entendait proscrire tous types de mesures préventives, quelle qu'en soit l'origine ou la nature<sup>72</sup>. Au surplus, saisie de la compatibilité entre la mesure de retrait et l'article 25 de la Constitution, la Cour de cassation a indiqué « *que la cour d'appel n'a pas établi de censure* »<sup>73</sup>. Elle a donc considéré que l'interdiction de la censure visait également l'intervention judiciaire ; à défaut, elle aurait décidé que le grief manquait en droit en tant qu'il présupposerait erronément que cette prohibition s'applique au pouvoir judiciaire.

**16. Non-pertinence de l'abus de droit** Selon une autre approche, le prescrit constitutionnel ne s'appliquerait pas à l'exercice abusif de la liberté d'expression, de sorte qu'en cas d'abus, le juge serait fondé à exercer un contrôle préalable des écrits<sup>74</sup>. Cette thèse doit également être écartée. Les travaux préparatoires font clairement apparaître que le Constituant était conscient des risques, notamment du point de vue des droits des tiers, d'un régime qui exclurait toute possibilité d'intervention préalable, mais a néanmoins entendu s'engager dans cette voie, quels qu'en soient les coûts. Ce rejet des mesures *a*

*priori* s'explique par le risque qu'un contrôle préalable ne se limite pas à sanctionner les seuls abus<sup>75</sup>. Or, l'approche envisagée ôterait tout sens à la distinction, voulue par le Congrès national, entre ingérence préventive et mesures *a posteriori*, seules licites<sup>76</sup>. L'existence d'un abus du droit de s'exprimer, quelque manifeste qu'il soit, est inopérant à cet égard ; cette circonstance n'autorise pas le juge à s'immiscer préventivement dans l'exercice abusif de la liberté<sup>77</sup>. L'ordonnance namuroise précitée traduit parfaitement cette idée lorsqu'elle décide qu'« *aucun droit, fût-il fondamental, aucune liberté, fût-elle constitutionnelle ou supra constitutionnelle, ne sont absolus ni susceptibles d'un usage abusif* (sic). [...] *La liberté d'expression pas plus que celle de la presse n'échappe à ce régime* » mais que ceci ne permet pas « *d'intervention préventive en la matière, ni de la part de la puissance publique ni du fait d'un particulier* »<sup>78</sup>.

**17. Absence d'effet direct du droit à la vie privée** L'on signalera par ailleurs une propension à considérer qu'en cas de violation du droit à la vie privée, les obligations positives<sup>79</sup> que mettent à charge du juge les articles 8 de la C.E.D.H.<sup>80</sup> et 22 de la Constitution, imposeraient au juge de prononcer des mesures préventives, nonobstant

<sup>71</sup> Voy. sur cette question J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, op. cit., n° 87 et 90.

<sup>72</sup> Voy. également Bruxelles (réf.), 21 février 1990, R.W., 1990-1991, p. 90; J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, op.cit., p. 491, n° 7 ; D. VOORHOOF, « De beoordeling in kort geding van het verspreidingsverbod van een gedrukte publicatie (boek, tijdschrift,...) », op. cit., p. 49 ; A. ALEN, J. CLEMENT, G. VAN HAEGENDOREN et J. VAN NIEUWENHOVE, op. cit., n° 626.

<sup>73</sup> Cass., 29 juin 2000, Pas., 2000, I, n° 420.

<sup>74</sup> S. VELU, op. cit., pp. 1770-1771, n° 28. L'argumentation repose également sur une négation de la nature préventive de mesures prononcées même avant toute publication, aspect qui sera abordé plus loin.

<sup>75</sup> J. VELAERS, « "De censuur kan nooit worden ingevoerd" ». Over de motieven van het censuurverbod », op. cit., pp. 16-20, spéc. n° 6 et 10.

<sup>76</sup> En ce sens, M. HANOTIAU, op. cit., p. 208, n° 4, c).

<sup>77</sup> Ce qui ne signifie nullement, on l'aura compris, que l'exercice de la liberté de s'exprimer ne pourrait être abusive. Aucune liberté n'est absolue, comme le rappelle fort opportunément l'ordonnance du 27 juin 2006.

<sup>78</sup> Civ. Namur (réf.), 27 juin 2006, cette revue, p. 172.

<sup>79</sup> Cette thèse s'appuie sur la théorie de la *Drittwirkung*, qui implique une reconnaissance d'une portée horizontale aux droits de l'homme – qu'il convient toutefois de ne pas confondre avec l'effet horizontal de ces dispositions – fût-ce par le biais de la reconnaissance d'une obligation de faire dans le chef des pouvoirs publics, au premier chef desquels les instances juridictionnelles, aux fins d'assurer un respect des droits fondamentaux dans les relations entre individus. Sur la théorie de la *Drittwirkung*, voy. K. LEMMENS, op. cit., pp. 157-160.

<sup>80</sup> La Cour européenne des droits de l'Homme a en effet jugé que « *si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale* » (Cour. Eur. D.H., *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 23), en ce compris en rapport avec la liberté de presse (voy. Cour eur. D.H., *Von Hannover c. Allemagne*, 24 juin 2004, § 57). Sur les obligations positives des Etats parties en vertu de l'article 8, voy. C. OVEY et R. WHITE, *European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 218-220; P. DE HERT, *Art. 8 E.V.R.M. en het Belgisch recht, De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gand, Mys & Breesch, 1998, pp. 45-55.



le prescrit constitutionnel<sup>81</sup>. Ce raisonnement doit cependant être rejeté<sup>82</sup>. L'Etat bénéficie en règle d'une marge d'appréciation discrétionnaire dans le choix des mesures à adopter pour satisfaire à ces obligations positives<sup>83</sup>. Par conséquent, ces dernières ne revêtent pas de caractère directement applicable et ne créent donc pas de droit subjectif<sup>84</sup>. Il est tout aussi inconcevable, pour cette même raison, que le pouvoir judiciaire se substitue au législateur dans le choix des mesures destinées à assurer l'effectivité horizontale du droit à la vie privée<sup>85</sup>.

**18. Inconstitutionnalité de l'intervention judiciaire préventive** Les décisions judiciaires en sens contraire, dont la plupart se contentent au demeurant d'affirmer sans aucune motivation la constitutionnalité de leur intervention<sup>86</sup>, font donc une application erronée de la protection constitutionnelle de la question. L'article 25 s'oppose à des mesures de retrait préventives.

**19. Portée de l'article 25 : limitation aux écrits imprimés** Bien que la question ait été un temps controversée<sup>87</sup>, la Cour de cassation considère cependant à juste titre que l'article 25 s'applique uniquement aux écrits imprimés<sup>88</sup>.<sup>89</sup> En effet, il est douteux, tout d'abord, d'étendre un texte à des réalités postérieures que ses auteurs ne pouvaient prévoir<sup>90</sup>. Ensuite, la version néerlandaise de la Constitution, adoptée en 1967 et donc à une époque où d'autres médias étaient connus, emploie le terme « *drukpers* » (presse imprimée). Enfin, différentes déclarations de révision ont proposé de modifier le texte du prescrit constitutionnel pour y inclure tous autres moyens de diffusion, sans cependant avoir abouti<sup>91</sup>.

<sup>81</sup> Voy. e.a. Anvers (réf.), 4 novembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 91 ; Civ. Anvers (réf.), 9 mars 2004, *A. & M.*, 2005, p. 169 ou, en matière d'audiovisuel, Civ. Bruxelles, 24 octobre 2001, *J.T.*, 2002, pp. 780-782. Voy. également les décisions inédites citées dans A. SCHAUS, *op. cit.*, pp. 1161-1162, ainsi que N. BONBLED et M. LYS, « L'affaire *Leempoel et Ciné Revue* : le mot de la fin ? », obs. sous Cour eur. D.H., *Leempoel & s.a. éd. Ciné Revue c. Belgique*, 9 novembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 791.

<sup>82</sup> Sur ces questions, voy. les très pertinentes observations d' A. SCHAUS, *op. cit.*, pp. 1160-1165.

<sup>83</sup> Voy. Cour eur. D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), 26 avril 1979, § 61: « *comme les États contractants demeurent libres de choisir les mesures qui leur paraissent appropriées, la Cour ne peut négliger les caractéristiques de fond et de procédure de leurs droits internes respectifs* ». Voy. également P. DE HERT, Art. 8 E.V.R.M. en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie, Gand, Mys & Breesch, 1998, p. 49, n° 50.

<sup>84</sup> Cass., 19 septembre 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 363 : « *La disposition de l'article 8, alinéa 1er, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux termes de laquelle toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, en tant qu'elle interdit en principe à l'Etat de s'immiscer dans la vie privée et familiale des individus, énonce une norme qui, en règle, est suffisamment précise et complète pour produire des effets directs; toutefois, en tant qu'elle oblige l'Etat dans la fixation du régime des liens de famille, tel celui des droits successoraux des enfants naturels sur les biens de leur père décédé, à agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie de famille normale, cette disposition n'est pas suffisamment précise et complète pour avoir des effets directs; dans cette mesure, elle n'impose à l'Etat qu'une obligation de faire dont le législateur assume la responsabilité mais qui ne saurait être invoquée comme source de droits subjectifs et d'obligations pour les particuliers* » (nous soulignons). Voy. également Cass., 10 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, n° 542.

<sup>85</sup> D. DE PRINS, *op. cit.*, p. 1448 ; M. HANOTIAU, *op. cit.*, p. 210, n° 4, e *in fine* ; A. SCHAUS, *op. cit.*, pp. 1162-1165. La solution retenue ne repose donc pas sur une « *approche binaire de la conciliation* » des articles 25 (et 19) de la Constitution et de l'article 8 de la Convention (N. BONBLED et M. LYS, *op. cit.*, p. 791), mais bien sur l'absence d'effet direct des obligations positives en matière de protection de la vie privée.

<sup>86</sup> J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, *op. cit.*, pp. 486-487, n° 3.

<sup>87</sup> Bruxelles, 25 mai 1993, *J.T.*, 1994, p. 104 ; F. TULKENS et M. VERDUSSEN, « La radio et la télévision, le délit de presse et le droit de réponse », *Ann. Dr. Liège.*, 1987, pp. 75-76. Pour un exposé des thèses en présence, voy. F. JONGEN, *Le droit de la radio et de la télévision*, Bruxelles, De Boeck, 1989, n°s 29-56.

<sup>88</sup> Cass., 9 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 482 : « *L'article [25] de la Constitution est étranger aux émissions de télévision ou de télédistribution, celles-ci n'étant pas des modes d'expression de la pensée par des écrits imprimés* » ; récemment confirmé par Cass., 2 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1402 et les conclusions de M. l'Avocat général délégué DE KOSTER, *A. & M.*, 2006, spéc. pp. 356-358.

<sup>89</sup> Ce qui ne signifie pas que la différence dans le champ d'application doive nécessairement résulter en un régime juridique divergent (voy. *infra*, n° 21).

<sup>90</sup> M. HANOTIAU et M. KADANER, *op. cit.*, p. 166.

Aussi, l'article 25 ne peut servir de seule base légale à la décision du juge des référés devant connaître d'une demande tendant, à l'instar de celle portée devant le Président du tribunal de première instance de Namur, à faire ordonner la cessation de la diffusion de certains propos, « *par quelque moyen (...) que ce soit* »<sup>92</sup>.

## b. Identité de la protection conférée par l'article 19 de la Constitution ?

**20. Portée générale** L'article 19 de la Constitution s'applique, lui, à l'ensemble des moyens d'expression et de diffusion d'opinions, quel que soit leur forme ou le média utilisé<sup>93</sup>. Il y a dès lors lieu de s'interroger sur la licéité des mesures préventives sous l'angle de cette disposition à portée générale.

**21. Admissibilité d'une ingérence préventive ?** Une frange conséquente de la doctrine répond par la négative à cette question<sup>94</sup>, suivie en cela par une certaine jurisprudence<sup>95</sup>. L'ordonnance précitée du 27 juin 2006 s'inscrit très nettement dans cette optique, en décidant que « *la règle constitutionnelle qui érige la liberté d'expression en une «liberté franchise» fondamentale, est particu-*

*lièrement claire : si «la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de (cette) liberté(.)» est évidemment permise (avec cette conséquence qu'une instance peut se mouvoir au répressif aussi bien qu'au civil pour la réparation du préjudice éventuel), il ne saurait, par contre, exister de mesure ou d'intervention préventive en la matière, ni de la part de la puissance publique ni du fait d'un particulier.* »

Cet enseignement se déduit du texte parfaitement clair de la Charte fondamentale et du rapprochement qu'il y a lieu d'en faire avec celui qui consacre cette autre liberté publique démocratique qu'est celle de la presse : «la censure ne pourra jamais être établie»<sup>96, 97</sup>.

En revanche, la Cour de cassation a récemment dit pour droit, à propos d'une demande tendant à interdire la diffusion d'une émission télévisée par la R.T.B.F., que « *le juge des référés qui (...) tient provisoirement en suspens la diffusion d'une émission télévisée afin de garantir une protection effective des droits d'autrui, en l'espèce " l'honneur, la réputation et la vie privée " du défendeur, ne contrevient pas à l'article 19 de la Constitution* »<sup>98</sup>, confortant en cela un certain courant jurisprudentiel<sup>99</sup> et doctrinal<sup>100</sup>. La distinction entre les champs d'application respectifs des articles 19 et 25 conduit alors à un

<sup>91</sup> K. LEMMENS, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 422-424 ; conclusions – conformes sur ce point – de M. l'Avocat général délégué DE KOSTER, *op. cit.*, spéc. pp. 357-358, n<sup>os</sup> 28-30.

<sup>92</sup> Ce qu'a au demeurant aperçu le Président dans sa décision, comme nous le verrons plus bas.

<sup>93</sup> M. HANOTIAU et M. KADANER, *op. cit.*, p. 166.

<sup>94</sup> K. LEMMENS, *op. cit.*, pp. 321-327, n<sup>os</sup> 432-442 et les références citées en note 1044 ; E. BREWAEYS et D. VOORHOOF, *op. cit.*, p. 216 ; voy. également PH. DE KOSTER, *op. cit.*, pp. 358-364, n<sup>os</sup> 37-117.

<sup>95</sup> Civ. Gand (réf.), 16 février 2005, *A. & M.*, 2005, pp. 262 et svts (concernant une demande d'interdiction d'une représentation théâtrale, révélant les antécédents criminels de la défenderesse [impl.]) ; Civ. Gand (réf.), 30 avril 2003, *A. & M.*, 2004, pp. 74-75 (concernant l'interdiction de diffuser une émission télévisée [impl.]) ; Civ. Bruxelles (réf.), 18 octobre 2001, *A. & M.*, 2002, p. 83 ; voy. également Civ. Bruxelles (réf.), 16 novembre 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1443.

<sup>96</sup> Civ. Namur (réf.), 27 juin 2006, *cette revue*, 172. Nous soulignons.

<sup>97</sup> Ce faisant, l'ordonnance annotée tranche le litige qui lui est soumis dans les mêmes termes que le Président du tribunal de première instance d'Anvers plus de dix ans auparavant, dans une affaire fort similaire où était formée à charge d'un échevin de cette Ville une demande d'interdiction de répéter des critiques litigieuses, tant dans la presse écrite qu'audiovisuelle (Civ. Anvers (réf.), 16 mai 1995, *A. & M.*, 1996, pp. 166-168 : « *zoals hiervoor omschreven en zelfs in de tijd beperkt, is het gevraagde spreekverbod als een vorm van preventieve maatregel voor de toekomst, in strijd met de Grondwet en kan hij niet opgelegd worden, dus ook niet ter bescherming of voorkoming van een ernstig nadeel als gevolg van misbruiken van recht op vrije meningsuiting* »).

<sup>98</sup> Cass., 2 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1402. Bien que l'arrêt se prononce uniquement sur la question de la suspension provisoire de la diffusion de l'émission pour permettre à la cour d'appel de prendre connaissance du contenu de l'émission litigieuse dont la production de l'enregistrement a été ordonnée, il est difficilement contestable que la solution dégagée permet également au juge des référés d'ordonner, au moins jusqu'au prononcé d'une décision sur le fond, la suspension d'une émission qui s'avérerait violer les droits d'un tiers. Voy. en ce sens F. JONGEN, « L'intervention du juge des référés dans le domaine de la liberté d'expression, suite et fin ? », obs. sous l'arrêt précité, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1417.

<sup>99</sup> Voy. récemment Bruxelles (réf.), 13 décembre 2002, *NjW*, 2003, pp. 1158-1160 ; Bruxelles (réf.), 21 décembre 2001, *A. & M.*, 2002, pp. 180-184 (arrêt qui donna lieu à l'arrêt précité de la Cour de cassation du 2 juin 2006).

<sup>100</sup> F. TULKENS et A. STROWEL, *op. cit.*, p. 73 ; M. HANOTIAU et M. KADANER, *op. cit.*, pp. 165-167.

traitement différencié des ingérences préventives selon le media concerné.

Il est cependant permis de douter du bien-fondé de cette approche. Tout d'abord, l'interdiction de l'ingérence préventive, explicitement prévue pour la presse écrite par l'article 25, se déduit, s'agissant des autres droits et libertés qui y sont consacrés, de l'économie générale de la Constitution. Ses rédacteurs ont en effet « *déclaré en général que la manifestation des opinions en toute matière est garantie, qu'elle ne peut être soumise à des mesures préventives, que notre système pénal est répressif* »<sup>101</sup> ou encore que « *le grand principe qui domine tous les autres, puisque nous avons pour objectif de consacrer la véritable liberté, sans aucune restriction, c'est l'absence de toutes mesures préventives* »<sup>102</sup>. Il ressort à suffisance de l'analyse des travaux préparatoires du Congrès national que telle était effectivement l'intention du Constituant. Tant la jurisprudence de la Cour d'arbitrage<sup>103</sup> que celle du Conseil d'Etat<sup>104</sup> est établie dans le même sens.

L'instauration par des normes à valeur législative d'un régime d'autorisation préalable en matière audiovisuelle<sup>105</sup> n'est pas de nature à énerver ce constat, dès lors que la constitutionnalité de ces dispositions n'est pas établie<sup>106</sup>. Tout aussi peu déterminant est le fait que cette acception aurait pour effet de priver l'article 25 de spécificité<sup>107</sup>; la Cour de cassation n'a-t-elle pas considéré à plusieurs reprises que cette disposition « *n'est que le corollaire de l'article 19* »<sup>108</sup>? La Cour aurait à notre sens été mieux inspirée de se rallier sur ce point aux conclusions du ministère public, lequel estimait que « *seule une*

*mesure préventive qui ne requiert pas l'appréciation préalable du contenu de l'opinion avant qu'elle ne soit émise est compatible avec les dispositions constitutionnelles telle qu'elles sont rédigées actuellement. Par contre une mesure préventive qui implique un contrôle du contenu de l'information ne peut être envisagée qu'après la diffusion de l'information* »<sup>109</sup>.

Il est toutefois permis de se demander si une interdiction judiciaire de réitérer publiquement certains propos déterminés constitue réellement une mesure préventive.

Il ne faut en effet pas se méprendre sur le caractère absolu de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression parfois présenté en doctrine. Elle ne vaut que pour les mesures préventives, et ne fait pas obstacle à des ingérences *a posteriori*<sup>110</sup>.

### C. La distinction entre mesures préventives et mesures répressives

**22. Thèses en présence** Toute analyse de la constitutionnalité d'ingérences préventives suppose de déterminer ce qui distingue ces dernières des mesures d'ordre répressif. La spécificité de la question provient de ce qu'une décision judiciaire interviendra souvent avant la fin de la publicité donnée à l'ouvrage, à l'émission ou à l'opinion concerné. A cet égard règne une certaine confusion conceptuelle en jurisprudence et en doctrine<sup>111</sup>.

Tout d'abord, certains ont soutenu que toutes mesures d'interdiction ou de retrait, même préalables à toute diffusion, constituent par définition des mesures répres-

<sup>101</sup> Intervention de M. DE GERLACHE, reproduite dans E. HUYTENS, *op. cit.*, p. 575 (nous soulignons).

<sup>102</sup> Intervention de M. NOTHOMB, *ibid.*, p. 651 (nous soulignons). Pour une analyse fouillée, voy. J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, *op. cit.*, pp. 111-121.

<sup>103</sup> C.A., 6 octobre 2004, n° 157/2004, spéc. B. 74 : « *la possibilité d'empêcher la publication elle-même [...] aurait pour effet d'instaurer une forme de censure préventive, prohibée par les articles 19 et 25 de la Constitution* » (nous soulignons).

<sup>104</sup> C.E., *Van der Vinck e.a.*, 18 mai 1999, n° 80.282, dans une affaire concernant une ordonnance de police soumettant à autorisation écrite du bourgmestre la distribution d'écrits, d'imprimés et de pamphlets : « *overwegende dat [artikel 25 noch artikel 19 van de Grondwet] de overheid uitdrukkelijk toestaat om de uitoefening van het betrokken recht aan preventieve maatregelen te onderwerpen, ook al stellen zij evenmin een uitdrukkelijk algemeen verbod van dergelijke maatregelen in [...]; dat ook uit de bewoordingen van artikel 19 kan worden afgeleid dat preventieve maatregelen verboden zijn, zelfs als de vrijheid van eredienst en vrijheid van meningsuiting op openbare plaatsen worden uitgeoefend* ». Voy. également, de manière moins explicite, C.E., *Vanhecke*, 10 mars 2003, n° 116.818.

<sup>105</sup> M. HANOTIAU et M. KADANER, *op. cit.*, pp. 166 et 171-172.

<sup>106</sup> K. LEMMENS, *op. cit.*, p. 323.

<sup>107</sup> M. HANOTIAU et M. KADANER, *op. cit.*, p. 172.

<sup>108</sup> Cass., 28 juin 2004, C.02.0412.F, [www.cass.be](http://www.cass.be); Cass., 29 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 420.

<sup>109</sup> PH. DE KOSTER, *op. cit.*, p. 363, n° 109.

<sup>110</sup> Ingérences *a posteriori* que le texte constitutionnel n'entoure d'aucunes garanties matérielles, raison pour laquelle le système constitutionnel belge a pu être qualifié, à l'inverse du régime conventionnel européen, de formel (J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, *op. cit.*, spéc. pp. 90-92, 108-110 et 232-238, n°s 67, 78-79 et 217-225).

<sup>111</sup> S. VAN GARSSE, *op. cit.*, p. 567.

sives, en tant qu'elles seraient nécessairement postérieures au fait dommageable et se situeraient donc uniquement dans une optique de prévention du dommage et non de l'opinion litigieuse<sup>112</sup>. Cette thèse s'appuie sur la possibilité pour le juge de faire droit, sur pied de l'article 18, al. 2 du Code judiciaire, à des demandes introduites à titre déclaratoire en vue de prévenir la violation d'un droit gravement menacé. Cette analyse apprécie le caractère préventif non par rapport à la diffusion de l'information – la matérialisation du dommage – mais par rapport à l'expression d'une opinion – le fait générateur du dommage<sup>113</sup>. Elle méconnaît par là la portée de la liberté consacrée par la Constitution. Celle-ci ne se limite pas à reconnaître la liberté de se forger une opinion, mais également – et en réalité surtout – celle de la propager<sup>114</sup>, en sorte qu'en considérant que la diffusion des opinions peut être interdite préventivement, cette approche porte

atteinte à la substance même de la liberté d'expression<sup>115</sup>,  
<sup>116</sup>.

A l'inverse, certaines décisions semblent considérer que tout retrait de vente ou cessation de diffusion constitue une mesure préventive prohibée, quel que soit le degré de diffusion de l'œuvre litigieuse<sup>117</sup>.

**23. Critère temporel** En réalité, la nature de la mesure dépend du moment auquel elle intervient : à partir du moment où la publication a connu une diffusion réelle, il s'agit d'une mesure répressive qui vise, conformément aux principes en vigueur en matière de responsabilité civile<sup>118</sup>, non seulement à réparer le dommage déjà occasionné, mais aussi à prévenir toute persistance future du

<sup>112</sup> Voy. S. VELU, *op. cit.*, pp. 1771-1773, n° 22 ; L. NEELS, *op. cit.*, p. 387.

<sup>113</sup> Comp. l'arrêt *Shevill*, où la Cour de justice des Communautés européennes a, dans une affaire de diffamation par voie de la presse, considéré, pour les besoins de l'application de la Convention de Bruxelles (devenu depuis le Règlement Bruxelles I) qu'il s'agissait de la formulation d'une opinion (en l'espèce la publication d'un ouvrage) qui constituait le fait dommageable, tandis que la diffusion de celle-ci est la simple matérialisation du dommage (C.J.C.E., *Shevill*, 7 mars 1995, affaire C-68/93, §§ 24 et 28-29).

<sup>114</sup> J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, *op. cit.*, pp. 42-77, spéc. n° 25. Cette même observation vaut au demeurant pour le régime de la C.E.D.H. (à cet égard, voy. D. VOORHOOF, « Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting », *op. cit.*, pp. 912-913).

<sup>115</sup> Pour une critique de cette conception, voy. M. HANOTIAU, *op. cit.*, p. 208, n° 4, c).

<sup>116</sup> Ces développements soulignent toutefois que l'interdiction des mesures préventives ne peut s'expliquer par la nature essentiellement répressive de l'article 1382 du Code civil, comme cela a parfois été soutenu (A. SCHAUS, *op. cit.*, pp. 1159-1160 ; M. HANOTIAU, *op. cit.*, p. 208 ; pour un cas d'application, voy. Civ. Anvers (réf.), 16 mai 1995, *A. & M.*, 1996, p. 167). La Cour de cassation admet en effet de longue date que le juge qui constate qu'une faute cause un dommage a en vertu des règles de droit civil, le pouvoir de prescrire à l'auteur du dommage des « mesures destinées à faire cesser l'état de choses qui cause le préjudice » au titre de réparation en nature (Cass., 26 juin 1980, *R.C.J.B.*, 1983, p. 173 ; voy. également Cass., 21 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 251 ; Cass., 27 avril 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 938). Dès lors, l'article 1382 du Code civil impose « non seulement une obligation de réparation, mais également une obligation de faire cesser l'état de choses préjudiciable et une obligation de prévenir la survenance d'un dommage » (P. WERY, « L'article 1370 du Code civil et la nomenclature des sources des obligations », in *Les sources d'obligations extracontractuelles*, Bruges, La Charte, 2007, p. 15).

La Cour de cassation donne une indication en ce sens dans son récent arrêt, lorsqu'elle oppose au grief – entre autres – déduit de ce que « l'article 1382 du Code civil constituant, comme l'admet aussi l'arrêt, le droit commun de la responsabilité, n'institue qu'un principe de sanctions a posteriori et ne justifie nullement la mesure de caractère préventif qu'il ne prévoit pas », que le « juge peut en vertu de l'article 1382 du Code civil enjoindre à l'auteur du dommage de faire cesser l'état de choses qui cause le préjudice ».

Cette approche a également le mérite de rappeler qu'à l'inverse, toute intervention du juge des référés ne pourra s'exercer qu'en présence d'une opinion ou idée dont le contenu est déterminé, c.-à-d. nécessairement après qu'elle ait été émise, même si elle n'est pas nécessairement diffusée. Comme il a très justement été rappelé, « le juge ne saurait prendre le droit d'interdire, même temporairement, de publier un écrit quelconque sur un sujet déterminé » (Gand, 9 mars 1935, *Pand. Pér.*, 1935, n° 106, p. 309 ; voy. également Civ. Anvers (réf.), 16 mai 1995, *A. & M.*, 1996, p. 167, n° 3, Civ. Bruxelles (réf.), 31 août 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1212).

<sup>117</sup> Voy. e.a. Civ. Anvers (réf.), 16 mai 1995, *A. & M.*, 1996, p. 167, qui considéra, à propos de la cessation de la diffusion de critiques déjà répercutées dans différents quotidiens, et lors d'une émission télévisée, que « zelfs inhoudelijk of in de tijd beperkt – tot voor de duur van het geding ten gronde – stuit de maatregel op het grondwettelijk beginsel van de vrijheid van meningsuiting [...] en is het gevraagde spreekverbod een vorm van preventieve maatregel voor de toekomst, in strijd met de Grondwet [...] ».

<sup>118</sup> J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling (deel 1)*, Gand, Story-scientia, 1984, p. 223, n° 302.

dommage<sup>119</sup>. Le juge peut ainsi ordonner le retrait de la publication ou encore l'omission de certains passages ou représentations<sup>120</sup>.

La Cour de cassation a admis la pertinence de ce critère temporel, en considérant que l'existence d'une large diffusion de la publication litigieuse ôtait au retrait ordonné par l'arrêt entrepris tout caractère préventif<sup>121</sup>. Il ne pourrait toutefois s'en déduire qu'une large publicité serait nécessaire à cet effet : la haute juridiction n'était pas appelée à se prononcer sur les critères permettant de distinguer les interventions préventives des mesures *a posteriori*<sup>122</sup>.

A la lumière de quels éléments doit alors s'apprécier le caractère suffisant de la publicité donnée à une publication pour qu'une cessation judiciaire puisse être admise ? Sans s'appesantir sur cette délicate question, l'on observera qu'il a été plaidé, à raison selon nous, pour une application analogique des critères retenus en matière de délit de presse<sup>123</sup>. Selon la Cour de cassation, un délit de presse n'est en effet réalisé que lorsque l'écrit imprimé concerné a connu une diffusion réelle, c'est-à-dire dès

qu'il est « accessible au public »<sup>124</sup>. En ce qui concerne les mesures de cessation, il ne suffit toutefois pas que l'ouvrage ait été proposé au public à un moment donné ; l'exigence de publicité réelle nous paraît exclure tout retrait après une durée de diffusion extrêmement courte<sup>125</sup>.

Ainsi, dans le cas de figure de l'action initiée contre le conseiller communal namurois, la demande principale ne concernait pas directement la diffusion d'ouvrages écrits ou d'émissions audiovisuelles déterminées, mais tendait dans la réalité des choses à faire interdire de réitérer publiquement certaines critiques à l'endroit de la société demanderesse. De telles mesures présentent également un caractère répressif, dès lors qu'il a été fait un usage de la liberté d'expression et que ces critiques ont pu atteindre le public<sup>126</sup>. Dans ses effets, la mesure poursuivie ne se distingue aucunement d'une interdiction de plus ample diffusion d'un ouvrage<sup>127</sup>.

Dès lors que, comme il a été relevé, les critiques litigieuses avaient déjà été relayées en cours d'instance par la presse et étaient par conséquent accessibles au public, il

<sup>119</sup> J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, op. cit., p. 225, n° 225. Contra J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, op. cit., p. 490, n° 3.

<sup>120</sup> Pour des exemples de l'application de ce critère, voy. Civ. Bruxelles, 30 avril 2005, *A. & M.*, 2005, p. 328; Anvers (réf.), 8 février 1999, *A. & M.*, 1999, spéc. pp. 246-247, se référant à l'ouvrage précité : « *overwegende dat een verder verspreidingsverbod nadat er reeds een reële verspreiding is gegeven aan de reële publicatie – hetgeen zoals bovenvermeld het geval is – geen verboden preventieve maatregel is doch rechtens de passende repressieve maatregel, d.i. een schadeloosstelling door een herstel in specifieke vorm teneinde de bestendiging en/of vermeerdering van de schadeverwekking te voorkomen of een ernstige dreiging van schadeverwekking af te weren* ».

<sup>121</sup> Cass., 29 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 420. Cette jurisprudence a été suivie par différentes juridictions inférieures (voy. e.a. Civ. Bruxelles, 30 avril 2005, *A. & M.*, 2005, p. 328).

<sup>122</sup> D. DE PRINS, op. cit., p. 1449.

<sup>123</sup> J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, op. cit., p. 225, n° 211 ; D. DE PRINS, op. cit., p. 1449.

<sup>124</sup> Cass., 13 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 942.

<sup>125</sup> Telle semble également être la position de la Cour européenne (bien que ne s'y attachent pas les mêmes conséquences de droit), qui dans un récent arrêt a qualifié de mesure préventive une interdiction de diffusion d'un ouvrage révélant certains éléments touchant à l'état de santé du Président Mitterand, bien que prononcée après la mise en circulation de l'ouvrage pendant un jour (Cour eur. D.H., *Editions Plon c. France*, 18 mai 2004, §§ 38 et 42).

<sup>126</sup> En ce sens, J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, op. cit., p. 229, n° 212 *in fine*. Observons également que la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas qualifié de préventive une telle interdiction de continuer à exprimer certains propos critiques (voy. Cour eur. D.H., *Jerusalem c. Autriche*, 27 février 2001).

<sup>127</sup> Il échet de souligner toutefois qu'il doit s'agir de la répétition de propos nettement définis et circonstanciés. Ne constituerait pas une mesure *a posteriori* mais bien une ingérence *a priori* une interdiction de formuler sur un sujet même déterminé toutes critiques quelconques, quelle qu'en soit la teneur ou la formulation. Voy. Civ. Bruxelles (réf.), 9 janvier 1997, *A. & M.*, 1997, p. 197 (à propos d'une demande tendant à « *faire dire pour droit* » qu'une personne doit s'abstenir de toute allégation erronée, aussi bien verbalement que par le biais de la presse écrite » [trad. libre]) : « *De rechter in kort geding kan geen censuur opleggen* » ; Civ. Courtrai (réf.), 15 janvier 1997, *A. & M.*, 1997, p. 212 (concernant entre autres une « *interdiction de diffuser des informations concernant ou provenant d'une instruction judiciaire* », qualifiées de « *fuites* ») : « *Deze vordering betreft bij nader toezien een verbod op het verspreiden van nog te bekomen informatie met betrekking tot een gerechtelijk onderzoek aangezien een dwangsom wordt geëist « per lek » of « per publikatie van dit lek ». Overeenkomstig artikel 25 van de Grondwet kan de censuur nooit worden ingevoerd . Deze vordering komt als ongegrond voor* » [nous soulignons]].



est permis de douter que les mesures demandées revêtaient le caractère préventif que leur attribue l'ordonnance. Cependant, l'existence d'une certaine publicité au moment du prononcé de la décision rend l'intervention du juge des référés problématique à d'autres égards<sup>128</sup>.

### III. L'incidence de la qualité de mandataire politique

Lorsque la demande est dirigée contre un mandataire communal exerçant sa liberté d'expression dans le cadre de ses fonctions, la qualité particulière du défendeur implique-t-elle qu'un traitement particulier doive être réservé à la cause ?

#### A. Le principe de la séparation des pouvoirs : une liberté d'expression absolue pour les mandataires locaux ?

**24. Immunité parlementaire des députés : liberté d'expression absolue** Dans le cadre de l'instance de référé précitée, le mandataire politique mis en cause opposa à la demande qui était formulée à sa charge le principe de la séparation des pouvoirs déduit selon lui des principes fondamentaux de la démocratie communale<sup>129</sup>. Il semblerait que le défendeur ait entendu établir un parallèle avec la situation des membres des assemblées délibérantes fédérales, communautaires et régionales, qui jouissent d'une immunité absolue en ce qui concerne les opinions émises par eux dans l'exercice de leurs fonctions<sup>130</sup>. Le caractère absolu de la liberté d'expression parlementaire assure l'indépendance des membres indivi-

duels de ces assemblées et, à travers eux, des Parlements. Il s'agit là d'un élément essentiel au bon fonctionnement de l'ordre démocratique<sup>131</sup>. Dans l'optique du défendeur, la séparation des pouvoirs devrait conduire à retenir une solution identique à l'égard des membres du conseil communal, organe législatif et démocratique d'un pouvoir constitué<sup>132</sup>. S'agissant d'une action dirigée contre un membre du conseil et non contre la commune en tant que telle, il aurait été plus indiqué cependant de fonder l'exception sur la nécessaire indépendance des conseillers communaux, ces derniers, considérés individuellement, ne constituant pas à proprement parler un quelconque pouvoir.

#### 25. Absence d'immunité des conseillers communaux

À l'inverse des membres des autres assemblées délibérantes, la Constitution ne reconnaît toutefois pas d'immunité aux conseillers communaux, pas plus qu'aux conseillers provinciaux, comme le reconnaît d'ailleurs le défendeur. S'agissant d'un régime exorbitant qu'il convient dès lors d'interpréter strictement<sup>133</sup>, il ne saurait être appliqué par analogie à d'autres situations que celles spécialement visées. En dehors de tout texte à cet effet, c'est donc à raison que l'ordonnance considère que le principe de la séparation des pouvoirs ne s'oppose pas à un contrôle judiciaire de la légalité des actes imputables à l'organe d'un pouvoir constitué.

Au demeurant, à la supposer même fondée, il est permis de s'interroger sur la pertinence d'une application analogique de l'immunité parlementaire en l'espèce, dans la mesure où celle-ci a trait uniquement aux opinions émises dans l'exercice des fonctions parlementaires. Elle ne couvre donc pas les interventions publiques en-dehors

En outre, une demande libellée en des termes aussi généraux excède le provisoire, comme l'a relevé le Président du tribunal de première instance d'Anvers lorsqu'il a épinglé que « *de gevorderde maatregel, zoals hiervoor omschreven, is én voor onbepaalde duur én zeer uitgebreid* (« *verband tussen verzoekers ... en criminele activiteiten en/of negatieve feiten. Een als dusdanig omschreven spreekverbod – dat zelfs negatieve kritiek inhoudt, – onafgezien de moeilijkheid, wegens zijn vaagheid, om deze te sanctioneren door een dwangsom – gaat de perken van een voorlopige maatregel te buiten* ») » (Civ. Anvers (réf.), 16 mai 1995, A. & M., 1996, p. 167, n° 3).

<sup>128</sup> Voy. *infra*, n° 36.

<sup>129</sup> Le Président releva toutefois que le défendeur ne déduisait aucune conséquence juridique de la règle de droit par lui invoquée, ce dont il suit qu'il n'était même pas tenu de répondre au moyen invoqué (Cass., 18 décembre 2002, P.02.1634.F, [www.cass.be](http://www.cass.be) ; B. MAES, *De motiveringsverplichting van de rechter*, Anvers, Kluwer, 1990, pp. 58-59, n°s 47-48).

<sup>130</sup> Voy. les articles 58 et 120 de la Constitution. Pour un commentaire de ces dispositions, voy. H. VUYE, « Les irresponsabilités parlementaire et ministérielle : les articles 58, 101, alinéa 2, 10 et 124 de la Constitution », *C.D.P.K.*, 1997, pp. 2-28.

<sup>131</sup> Conclusions conformes de M. le Procureur Général DE SWAEF préc. Cass., 1<sup>er</sup> juin 2006, R.W., 2006-2007, spéc. pp. 217-218, n°s 8 et 9, et les références citées ; M. UYTENDAELE, « Réflexions à froid sur un petit coup d'Etat jurisprudentiel », *J.L.M.B.*, 2005, pp. 1599-1600.

<sup>132</sup> Voy. l'article 162 de la Constitution coordonnée.

<sup>133</sup> Conclusions conformes de M. le Procureur Général DE SWAEF, *op. cit.*, p. 220, n° 13.

de celles-ci, telles les conférences de presse que visait *in casu* la demande<sup>134</sup>.

## B. Un contrôle de proportionnalité accru

**26. Importance pour le fonctionnement démocratique** Est-ce à dire que la circonstance qu'est en cause l'expression d'opinions par un mandataire politique dans l'exercice de ses fonctions n'emporte aucune conséquence juridique ? Certes non. A cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme, fidèle à l'importance du rôle démocratique qu'elle attribue à la liberté d'expression, considère de manière constante que « *précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple ; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts. Partant, des ingérences dans la liberté d'expression d'un parlementaire de l'opposition [...] commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts* »<sup>135</sup>. A l'instar de la solution que nous avons retenue en droit belge pour les mandataires locaux, la Cour considère cependant que celle-ci ne revêt pas un caractère absolu<sup>136</sup>.

**27. Portée de la protection particulière** La Cour a également apporté d'importantes précisions sur l'étendue précise de la liberté d'expression politique. En premier lieu, l'ingérence dans la discussion politique, à laquelle elle « *accorde la plus haute importance* », ne saurait être justifiée que par des « *raisons impérieuses* » « *compte tenu de l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir le libre jeu du débat politique* »<sup>137</sup>. Elle a indiqué que la protection particulière qui s'ensuivait valait également pour les membres du conseil communal, « *instance pour le moins comparable au parlement pour ce qui est de l'intérêt que présente, pour la société, la protection de la liberté d'expression des participants* »<sup>138</sup>. Il est de même sans incidence que les opinions litigieuses aient été

exprimées en-dehors de la tribune parlementaire, par exemple dans la presse, ou ne soient pas couvertes par une immunité parlementaire<sup>139</sup>. Seul compte à cet égard que le mandataire s'exprime en sa qualité d'élu, et donc dans le cadre de ses fonctions<sup>140</sup>.

Il est indéniablement satisfait à cette exigence dans l'affaire qui a donné lieu à l'ordonnance du 27 juin 2006 : le défendeur s'exprimait sur des questions d'intérêt public touchant à ses activités de conseiller d'opposition. Les critiques litigieuses touchaient en effet à la bonne allocation des finances communales ou encore à la qualité de l'exécution des marchés publics confiés à la demanderesse, dont il peut difficilement être contesté qu'elles présentent un intérêt immédiat pour la gestion de la collectivité locale, et par voie de conséquence, pour les administrés concernés que le conseiller représente pour partie<sup>141</sup>.

## IV. Les conditions de la légalité d'une ingérence répressive du juge des référés

Si les injonctions postulées ne constituent pas des ingérences interdites par la Constitution, l'intervention répressive du Président du tribunal de première instance n'en reste pas moins subordonnée à certaines exigences qui rendent grandement hypothétique le bien-fondé d'une mesure de retrait ou d'interdiction, même *a posteriori*.

### A. Les conditions relatives au référé

**28. Urgence et provisoire** Conformément à l'article 584 du Code judiciaire, l'intervention du juge des référés ne se justifie que pour autant que soit démontrée une

<sup>134</sup> H. VUYE, *op. cit.*, pp. 12-14, n° 13 ; M. UYTENDAELE, *op. cit.*, pp. 1593-1594 ; Conclusions conformes de M. le Procureur Général DE SWAEF, *op. cit.*, pp. 220-221, n° 13.

<sup>135</sup> Cour. eur. D.H., *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, § 42 ; Cour eur. D.H., *Incal c. Turquie*, 9 juin 1998, § 47 ; Cour eur. D.H., *Jerusalem c. Autriche*, 27 février 2001, § 36 ; Cour eur. D.H., *Alýnak et autres c. Turquie*, 4 mai 2006, § 33.

<sup>136</sup> Cour. Eur. D.H., *Erbakan c. Turquie*, 6 juillet 2006, § 55.

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> Cour eur. D.H., *Jerusalem c. Autriche*, 27 février 2001, § 40.

<sup>139</sup> Cour. eur. D.H., *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, § 43 ; voy. également Cour eur. D.H., *Jerusalem c. Autriche*, 27 février 2001, § 40 ; Cour eur. D.H., *Alýnak et autres c. Turquie*, 4 mai 2006, § 33.

<sup>140</sup> Cour eur. D.H., *Mamère c. France*, 7 novembre 2006, § 20.

<sup>141</sup> Une indication de l'importance que revêt la matière peut être trouvée dans le caractère d'ordre public qui s'attache à un grand nombre de dispositions gouvernant l'attribution et l'exécution de marchés publics (Voy. D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, pp. 140-142, en ce qui concerne la phase d'attribution).

urgence qui justifie l'adoption de mesures provisoires<sup>142</sup>. Pour rappel, l'urgence est avérée, selon la formule consacrée par la Cour de cassation, « *dès que la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité, voire d'un inconvénient sérieux, rend une décision immédiate souhaitable* »<sup>143</sup>. L'appréciation de l'urgence dans le cadre particulier des mesures d'interdiction de diffusion sera abordée plus loin.

Quant à la condition du provisoire, elle implique que le juge des référés ne peut préjuger de la solution au fond, ce dont la majorité des juridictions infèrent, outre que leur décision doit être limitée dans le temps jusqu'au prononcé dans le cadre d'une procédure à introduire au fond<sup>144</sup>, que leur intervention n'est justifiée qu'en présence d'une violation évidente des droits du demandeur<sup>145</sup>. Il est à cet égard renvoyé aux différentes analyses qui ont été faites de cette condition<sup>146</sup>, particulièrement dans le cadre de l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression<sup>147</sup>.

**29. Désaveu pragmatique** Plus généralement, il a été soutenu en doctrine que la procédure de référés ne se prête pas à la résolution des questions et équilibres souvent complexes que mettent en jeu les restrictions à la liberté d'expression, en raison du caractère sommaire de l'examen auquel se livre le juge. Impliquant de statuer dans l'urgence, cette voie de droit offre insuffisamment de garanties procédurales pour aboutir à une solution

satisfaisante eu égard aux délicats arbitrages à opérer, d'autant plus qu'il s'agit de déterminer l'étendue d'une liberté des plus fondamentales<sup>148</sup>.

## B. La compatibilité de la mesure avec l'article 10 de la C.E.D.H.

**30. Critères d'admissibilité** Toute ingérence dans la liberté d'expression doit être confrontée aux exigences du régime conventionnel européen. On sait que son admissibilité suppose la réunion de trois critères : l'existence d'une base légale suffisante, la poursuite de l'un des buts légitimes énumérés au paragraphe 2 et sa nécessité dans une société démocratique.

La deuxième condition, au sujet de laquelle la Cour européenne fait au demeurant montre d'une certaine souplesse, n'est pas de nature à poser problème dans l'hypothèse envisagée, puisque l'article 10.2 vise expressément, entre autres objectifs légitimes, la « *protection de la réputation ou des droits d'autrui* ». Restent dès lors les exigences de légalité et de proportionnalité.

### 1. Le critère de légalité

**31. Notion** Cette exigence, traduisant l'idée d'un Etat de droit, revêt une acception *autonome*, et doit s'entendre dans un sens matériel<sup>149</sup>. Loin de se limiter à une conception formelle, la jurisprudence de la Cour de Stras-

<sup>142</sup> Par souci de précision, l'on rappellera qu'est également requis que l'action tende à la reconnaissance d'un droit subjectif (sur cette question, voy. Ph. LEVERT, « L'intervention du juge des référés dans le droit administratif », in *Le référé judiciaire*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2003, pp. 363-388).

<sup>143</sup> Cass., 21 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p.1160.

<sup>144</sup> M. HANOTIAU, *op. cit.*, p. 204, n° 1 et les références citées en note 6.

<sup>145</sup> J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, *op. cit.*, pp. 220-221, n° 205; voy. en ce sens M. HANOTIAU et M. KADANER, *op. cit.*, p. 161, n° 4. Il est cependant à noter que la portée précise de la condition du provisoire est controversée, certains estimant qu'elle n'interdit pas d'aborder le fond du litige et de se livrer à un examen plus approfondi des « droits apparents » des parties, pour autant que, puisque la décision en référé ne peut lier le juge du fond, le juge du provisoire n'ordonne pas de mesures irréversibles (Civ. Bruxelles (réf.), 26 mai 1999, *A. & M.*, 2000, p. 109). Il s'agit précisément de l'objet du « référé-provision », qui, pour rappel, désigne l'injonction faite par le juge des référés en présence d'un droit évident de payer une somme provisionnelle, par anticipation sur la décision sur le fond à intervenir sur le fond. Ce mécanisme se fonde sur l'article 19, al. 2 du Code judiciaire (J. ENGLEBERT, « Le référé judiciaire : principes et questions de procédure », in *Le référé judiciaire*, *op. cit.*, pp. 45-46, n° 53 ; P. MARCHAL, *Les référés*, Bruxelles, Larcier, 1992, pp. 130-131, n°s 133-134). Sur les différentes acceptions données à la notion de provisoire, voy. A. VANDEBURIE. « Le contrôle du retrait immédiat du permis de conduire par le juge des référés. Hérésie ou simple application des principes ? », *C.D.P.K.*, 2006, pp. 317-321, n° 16 et les références citées en note 92.

<sup>146</sup> Sur le référé et ses conditions en général, voy. J. ENGLEBERT, *op. cit.*, pp. 5-64 ; P. MARCHAL, *Les référés*, Bruxelles, Larcier, 1992.

<sup>147</sup> M. HANOTIAU, *op. cit.*, pp. 204-205, n° 1 ; A. SCHAUS, *op. cit.*, pp. 1153-1155 ; S. VELU, *op. cit.*, pp. 1766-1767, n° 18.

<sup>148</sup> J. VELAERS, « "De censuur kan nooit worden ingevoerd". Over de motieven van het censuurverbod », *op. cit.*, pp. 43-46, n°s 34 et 35 ; D. DE PRINS, *op. cit.*, p. 1451.

<sup>149</sup> Conclusions de M. le Procureur Général, alors Avocat général VELU préc. Cass., 14 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, pp. 1096-1097.

bourg pose en effet des exigences qualitatives à cet égard : la norme de droit interne doit être accessible d'une part, et suffisamment claire et précise pour « *permettre au citoyen de régler sa conduite, en s'entourant au besoin de conseils éclairés* », d'autre part<sup>150</sup>. En d'autres termes, la Cour requiert que la norme présente un degré suffisant de prévisibilité que commande une élémentaire sécurité juridique. Précisons également que la Cour admet que la notion de loi englobe la jurisprudence, pour autant qu'elle soit constante et publiée<sup>151</sup>. Différentes objections déduites de ce critère ont été formulées à l'encontre d'une immixtion du juge judiciaire belge dans l'exercice de la liberté d'expression.

**32. Existence d'une base légale** La Cour de cassation considère à cet égard que les articles 144 de la Constitution, d'une part, ainsi que 1382 du Code civil, 18 alinéa 2, 584 et 1039 du Code judiciaire, d'autre part, « *interprétées de manière constante par la Cour [constituent des dispositions] suffisamment précises pour permettre à toute personne, s'entourant au besoin de conseils éclairés, de prévoir les conséquences juridiques de ses actes* »<sup>152</sup>. Une partie de la jurisprudence et de la doctrine conclut cependant à l'absence d'un fondement légal suffisant aux motifs, d'une part, que l'article 584 du Code judiciaire constitue non pas une loi matérielle, mais une simple loi de procédure qui ne peut justifier à elle seule la légalité de l'inter-

vention<sup>153</sup>, et d'autre part, que l'article 1382 du Code civil ne satisfait pas à l'exigence de légalité en raison de sa portée générale, et non spécifique à l'exercice de la liberté d'expression<sup>154</sup>. D'autres encore soutiennent que le caractère éminemment controversé de l'admissibilité de telles mesures priverait les restrictions de la prévisibilité voulue<sup>155</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme admet toutefois que la jurisprudence puisse venir préciser le sens et la portée de la loi prescrivant l'intervention, pourvu qu'elle soit publiée et constante<sup>156</sup>. Par conséquent, la nature de la loi fondant l'ingérence ou son degré de généralité ne constituent pas des critères déterminants ; seules importent l'accessibilité et surtout la prévisibilité dans le champ d'application de la norme, éventuellement précisé par la jurisprudence<sup>157</sup>. A cet égard, la Cour européenne a déjà décidé que l'article 1382 du Code civil, en ce compris l'obligation générale de prudence qu'il consacre, telle qu'interprétée par la jurisprudence, constitue une disposition légale suffisamment précise<sup>158</sup>.

**33. Prévisibilité de l'ingérence** La Cour de Strasbourg paraît avoir récemment considéré que l'existence d'une controverse jurisprudentielle entourant la portée du fondement légal de l'intervention ne privait pas celui-ci de la prévisibilité voulue dans un système de droit écrit<sup>159</sup>.

Par ailleurs, la Cour de cassation a confirmé par deux

<sup>150</sup> Cour. eur. D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), 26 avril 1979, § 47. Sur cette question, voy. J. VANDE LANOTTE et Y. HAECK, *Handboek E.V.R.M. Deel I. Algemene beginselen*, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 125-134, n°s 36-44 ; R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 161-162, n°s 178-179 ; D. VOORHOOF, « Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting », *op. cit.*, pp. 968-969.

<sup>151</sup> Voy. e.a. Cour. Eur. D.H., *Huvig c. France*, 24 avril 1990, § 28 ; Cour. Eur. D.H., *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, § 29 ; K. LEMMENS, *op. cit.*, pp. 180-181, n° 207.

<sup>152</sup> Cass., 29 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 420 ; Cass., 2 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1402.

<sup>153</sup> M. HANOTIAU, *op. cit.*, p. 208 ; A. SCHAUS, *op. cit.*, p. 1155 ; pour un cas d'application, voy. Civ. Liège (réf.), 1994, obs. F. JONGEN, « Le juge des référés, restriction non prévue par la loi ? », *J.L.M.B.*, 1995, pp. 102-103.

<sup>154</sup> Cette observation a amené certains à soutenir, en raison d'une exigence de sécurité juridique et de légitimité démocratique (J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, *op. cit.*, pp. 495-498, n°s 10-14) ou d'une interprétation conforme à donner à la Constitution (D. DE PRINS, *op. cit.*, pp. 1453-1454), que toute ingérence dans la liberté d'expression devrait faire l'objet d'interventions législatives précises (voy. également Civ. Furnes, 18 février 2000, *A. & M.*, 2000, p. 241 et la note de D. VOORHOOF, ainsi que le jugement inédit du tribunal de première instance de Bruxelles du 13 janvier 1993 cité dans D. VOORHOOF, « De journalistieke vrijheid en de tussenkomst van de rechter : censuur of noodzaak in een democratische samenleving ? », in *Censures – Censuur, Actes du colloque du 16 mai 2003*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 88) au lieu de donner lieu à une balance judiciaire des intérêts, préconisée tant par les juridictions nationales que par la Cour européenne.

<sup>155</sup> A. SCHAUS, *op. cit.*, p. 1159 ; D. VOORHOOF, *op. cit.*, p. 171 ; M. HANOTIAU et M. KADANER, *op. cit.*, p. 206, n° 4 c).

<sup>156</sup> Cour eur. D.H., *Muller et crts c. Suisse*, 24 mai 1988, § 29.

<sup>157</sup> K. LEMMENS, *op. cit.*, p. 335, n° 335.

<sup>158</sup> Cour eur. D.H., *Thoma c. Luxembourg*, 29 mars 2001, § 53.

<sup>159</sup> Cour eur. D.H., *Keller c. Hongrie*, 4 avril 2006 (décision d'irrecevabilité) : « *As regards the "prescribed by law" requirement, the applicant asserts that the formal legal ground for the interference was dubious, since the domestic jurisprudence in this field was neither*

fois que les dispositions légales précitées fournissaient un fondement légal suffisant au prononcé de mesures d'interdiction de diffusion, de sorte qu'actuellement, et compte tenu de la mission d'harmonisation jurisprudentielle déferée à la Haute juridiction, la prévisibilité paraît acquise <sup>160</sup>.

Par conséquent, les différents fondements procéduraux invoqués, à tout le moins en combinaison avec ledit article 1382, nous paraissent satisfaire à l'exigence de légalité de l'ingérence. La Cour européenne a très récemment statué en ce sens dans l'affaire *Leempoel*, qui avait donné lieu à l'arrêt précité de la Cour de cassation du 29 juin 2000. Les requérants faisaient valoir que l'application combinée des articles 1382 du Code civil, 18, alinéa 2, et 584, al. 1 du Code judiciaire ne constitue pas « une loi expresse et précise » au sens de la Convention, notamment « parce qu'il n'existe pas de jurisprudence constante sur l'article 1382 en tant que fondement juridique de mesures à caractère préventif, ce qui ôte à ce texte tout caractère de prévision et de prévisibilité dans ce domaine ». La Cour de Strasbourg y opposa d'une part que « l'application combinée de l'article 1382 du code civil et des articles 18, alinéa 2, et 584 du code judiciaire devait être considérée comme visant à limiter l'ampleur d'un dommage déjà causé [...] par la publication de l'article »<sup>161</sup>, et, d'autre part, que suffit pour assurer la prévisibilité d'une mesure, que le justiciable puisse « savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité »<sup>162</sup>. Cette condition était remplie à son estime, dès lors qu'« il existait aussi des

précédents judiciaires en matière de presse télévisée »<sup>163</sup>,<sup>164</sup>.

## 2. Le critère de nécessité<sup>165</sup>

**34. Implications** La restriction à un droit reconnu par la C.E.D.H. doit également être « nécessaire dans une société démocratique », ce qui implique d'une manière générale que toute restriction à la liberté d'expression, « un des fondements essentiels de toute société démocratique », doive pouvoir se justifier par un « besoin social impérieux »<sup>166</sup>. Cette condition recouvre en réalité plusieurs aspects, qui rejoignent tous l'idée d'adéquation de la restriction au but légitime poursuivi. En premier lieu, elle implique une pertinence de la mesure adoptée, c'est-à-dire l'existence d'un lien objectif entre celle-ci et l'objectif recherché. Aussi une ingérence qui ne permet pas d'atteindre le but qui lui est assigné ne répond-elle pas à l'exigence de proportionnalité. Ensuite, lorsque plusieurs possibilités pertinentes s'offrent à lui, l'Etat a l'obligation d'opter pour la restriction la moins attentatoire à la liberté d'expression. Enfin, la Cour se livre à un contrôle de la nature et de la sévérité de l'ingérence.<sup>167</sup> Ce contrôle tend à une rigueur croissante<sup>168</sup>. La profondeur et l'étendue de celui-ci varie en outre d'après différents éléments, tels la nature du discours ou encore la qualité ou l'intention de son auteur<sup>169</sup>. Ainsi la qualité de mandataire communal de l'auteur commande-t-elle un contrôle particulièrement rigoureux.

**35. Incidence d'une publicité préalable** La cessation de la diffusion peut-elle encore être ordonnée par un juge

*unequivocal nor foreseeable. In any event, the case-law of the Supreme Court and the Constitutional Court alone, whether convergent or divergent, should not serve as the legal basis for the measure complained of, Hungary having the continental legal system, rather than one of common law precedent ».*

<sup>160</sup> Voy. en ce sens, N. BONBLED et M. LYS, *op. cit.*, p. 790 ; F. TULKENS et A. STROWEL, *op. cit.*, p. 78.

<sup>161</sup> Nous soulignons. L'on observera que cette considération ne peut valoir pour les interdictions de retransmission d'émissions télévisées qui sont de plus en plus fréquemment ordonnées, dès lors que dans de tels cas, aucun dommage n'a encore été causé faute de diffusion.

<sup>162</sup> Cour eur. D.H., *Leempoel & s.a. éd. Ciné Revue c. Belgique*, 9 novembre 2006, §§ 50 et 56-59.

<sup>163</sup> *Ibid.*, § 59.

<sup>164</sup> A ce jour, aucune demande de renvoi de l'affaire devant la Grande chambre, ouvert aux parties en vertu de l'article 43 de la C.E.D.H., n'a été signalée.

<sup>165</sup> L'auteur remercie Rafaël JAFFERALI, assistant à l'Université Libre de Bruxelles et avocat au barreau de Bruxelles, pour ses très pertinentes et enrichissantes observations sur cette problématique.

<sup>166</sup> D. VOORHOOF, « Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting », *op. cit.*, pp. 982-984.

<sup>167</sup> J. VANDE LANOTTE et Y. HAECK, *op. cit.*, pp. 139-147, n<sup>os</sup> 49-60 ; R. ERGEC, *op. cit.*, p. 163, n<sup>o</sup> 166.

<sup>168</sup> J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 494.

<sup>169</sup> Sur ces questions, D. VOORHOOF, « Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting », *op. cit.*, pp. 985-1024.



lorsque les critiques dont les demandeurs désirent entendre interdire la répétition ont déjà été largement propagées ? De nombreuses décisions considèrent que lorsque la publication litigieuse a reçu une large publicité, ou que son contenu litigieux a été abondamment relayé dans différents médias, l'urgence à prononcer une mesure tendant à en restreindre la diffusion fait défaut et ne peut donc être obtenue en référé. Le défaut d'urgence résulte non pas tant que de ce que le dommage se serait déjà – entièrement – réalisé, mais bien plutôt qu'une cessation de la diffusion serait impuissante à assurer la limitation du dommage recherchée<sup>170</sup> ou que l'aggravation du dommage que cause la persistance de la publicité est relativement limitée et ne justifie partant pas l'urgence à ordonner la cessation de la diffusion<sup>171</sup>. Cette opinion n'est toutefois pas unanimement partagée : d'autres décisions estiment que toute diffusion supplémentaire, toute répétition accroît le dommage subi, et que ce risque d'aggra-

vation établit l'urgence qu'il y a à prononcer la mesure recherchée<sup>172</sup>.

La Cour européenne a également<sup>173</sup> jugé à plusieurs reprises qu'il n'existait pas de nécessité à empêcher la divulgation de certaines informations dès lors qu'elles avaient déjà été rendues publiques ou avaient perdu leur caractère confidentiel<sup>174</sup>, et ce d'autant plus lorsque les médias avaient abondamment commenté les faits en question<sup>175</sup>, <sup>176</sup>. Il s'ensuit qu'une cessation de diffusion ne pourrait alors pas plus être prononcée par le juge du fond que par le juge des référés. Il convient cependant de garder à l'esprit que les affaires dans lesquelles ces arrêts ont été rendus concernaient toutes la divulgation d'informations confidentielles ou secrètes, pour lesquelles il se conçoit plus facilement que la répétition et la persistance de la publicité ne sont pas de nature à engendrer un préjudice équivalent pour le lésé<sup>177</sup>.

Si l'on est tenté de poser qu'en règle, la cessation de la

<sup>170</sup> Civ. Anvers (réf.), 19 septembre 1997, *A. & M.*, 1997, p. 408 : « *het boek is nu een maand geleden in de handel gebracht en heeft veel publiciteit in de media gekend. Het nu nog uit de handel nemen is niet efficiënt meer, omdat het kwaad reeds geschied is. Een eventuele nieuwe uitgave zal het verder nadeel – mocht het er zijn niet in grote mate doen toenemen, gelet op de grote publiciteit die de eerste uitgave heeft gekend* » (nous soulignons).

<sup>171</sup> Anvers (réf.), 8 mars 2004, *NjW*, 2004, p. 450 (« *Te dezen blijkt dat de publicatie van de boeken in kwestie al in ruime mate was verspreid. Van de persvrijheid werd reeds gebruik gemaakt. Alleen de rechter ten gronde kan oordelen of er misbruik van persvrijheid is en of in voorkomend geval er maatregelen dienen te worden opgelegd om het voortduren van schade te doen ophouden* »); Civ. Anvers (réf.), 16 mars 2000, *A. & M.*, 2000, pp. 329-330; Civ. Anvers (réf.), 16 mai 1995, *A. & M.*, 1996, p. 167, n° 7 (« *Mogelijk loopt de schade op bij nieuwe aantijgingen, maar Wij gaan ervan uit dat de weerslag van een negatieve publicatie het grootst is onmiddellijk na de publicaties en een herhaling van hetzelfde thema hieraan niet meer zoveel zal toevoegen* » [nous soulignons]); voy. également D. VOORHOOF, « De beoordeling in kort geding van het verspreidingsverbod van een gedrukte publicatie (boek, tijdschrift,...) », *op. cit.*, pp. 49-51.

<sup>172</sup> Civ. Anvers (réf.), 9 mars 2004, *A. & M.*, 2005, p. 169 (« *overwegende dat het enkele feit dat er reeds schade zou kunnen zijn, door het feit dat het boek reeds verspreid is geworden, geenszins belet dat er toch hoogdringendheid bestaat om onmiddellijk maatregelen te nemen ten einde de bestendiging van de schadeverwekking en of de vermeerdering van de schade te voorkomen* » [nous soulignons]); Civ. Bruxelles (réf.), 2 mars 2000, *J.T.*, 2002, p. 114 (« *Le préjudice dont le demandeur se prévaut, à savoir l'atteinte à sa réputation et à son honorabilité, risque de s'aggraver d'heure en heure tant par la présence des propos litigieux dans le site d'archivage du forum de discussion que par la diffusion des propos litigieux sur le site du défendeur. L'urgence est dès lors établie* » [nous soulignons]); Anvers (réf.), 8 février 1999, *A. & M.*, 1999, p. 244, point 5; Civ. Bruxelles (réf.), 26 mai 1999, *A. & M.*, 2000, p. 109.

<sup>173</sup> La similitude entre les deux ordres de considération ne doit pas étonner, dès lors que l'urgence se définit, à l'instar du principe de proportionnalité, comme la « *balance des intérêts en présence* » (J. ENGLEBERT, *op. cit.*, p. 13, n° 12).

<sup>174</sup> Voy. Cour eur. D.H., *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, § 69; Cour eur. D.H., *Weber c. Suisse*, 22 mai 1990, § 49; Cour eur. D.H., *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992, § 76; Cour eur. D.H., *Vereniging Weekblad Bluf! c. Pays-Bas*, 9 février 1995, §§ 44 et svts.; Cour eur. D.H., *Fressoz et Roire c. France*, 21 janvier 1999, § 53; Cour eur. D.H., *Editions Plon c. France*, 18 mai 2004, § 40; Cour eur. D.H., *Dammann c. Suisse*, 26 avril 2006, § 53.

<sup>175</sup> Cour eur. D.H., *Vereniging Weekblad Bluf! c. Pays-Bas*, 9 février 1995, § 45.

<sup>176</sup> Pour un cas où la question a été abordée par une juridiction belge sous l'angle de la proportionnalité et non de l'urgence, voy. Civ. Anvers (réf.), 16 février 2005, *A. & M.*, 2005, pp. 262 et svts.

<sup>177</sup> Voy. toutefois récemment Cour eur. D.H., *Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayın Yapım Ve Tanıtım a.º. c. Turquie*, 30 mars 2006, spéc. §§ 74 et 81, où cette considération a été appliquée à l'appréciation de la proportionnalité d'une ingérence dans l'expression de propos critiques, exempts de tout caractère confidentiel.

diffusion d'informations ou d'opinions déjà largement portées à la connaissance du public ne rencontre pas la condition de l'urgence et heurte le principe de proportionnalité, il ne saurait être exclu que le juge puisse parvenir à une conclusion différente en raison de l'importance des intérêts lésés et de l'aggravation du préjudice qu'engendrerait la persistance de la publicité<sup>178, 179</sup>.

**36. Absence de nécessité : existence de mesures équivalentes moins restrictives** L'ordre juridique belge comporte de nombreux mécanismes sanctionnant la violation des droits de tiers lors de l'exercice de la liberté d'expression. Tout d'abord, certains abus engagent la responsabilité pénale de leur auteur<sup>180</sup>. Toute personne lésée peut par ailleurs demander la réparation des atteintes portées fautivement à ses intérêts légitimes, par l'allocation de dommages-intérêts éventuellement complétée par la publication du jugement de condamnation aux frais du responsable<sup>181</sup>. Enfin, le mécanisme du droit de réponse permet à toute personne physique ou morale, citée nominativement ou implicitement désignée dans un écrit périodique ou dans une émission, édition ou programme audiovisuels à caractère périodique, a « *le droit de requérir la diffusion ou l'insertion gratuite d'une réponse en vue de rectifier un ou plusieurs éléments de fait erronés la concernant ou de répondre à un ou plusieurs faits ou déclarations de nature à porter atteinte à son honneur* »<sup>182</sup>. Il offre aux

personnes dont la réputation a été mise en cause par un média périodique une possibilité de réplique rapide et fort efficace. Dans la plupart des cas, cette panoplie de mesures est apte à assurer aux sujets de droit une protection juridique suffisante contre les conséquences dommageables de l'exercice que font des tiers de leur liberté d'expression, sans qu'il soit nécessaire de remédier à ces inconvénients par une cessation de la diffusion des propos litigieux.

En ce qui concerne les mandataires politiques plus particulièrement, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'une interdiction judiciaire faite à un membre d'une assemblée locale de répéter certaines déclarations critiques formulées sur des questions d'intérêt public au cours d'un débat devant le conseil communal, sans que lui soit offert la possibilité d'établir la véracité de ces allégations, n'était pas nécessaire dans une société démocratique<sup>183</sup>.

Plus fondamentalement toutefois, l'ordre juridique belge recèle des mécanismes moins restrictifs qu'une interdiction de s'exprimer, qui assurent une protection suffisante à la réputation commerciale de tiers qui serait indûment lésée par la libre manifestation des opinions. Le préjudice allégué qui en résulte peut en effet aisément être réparé par équivalent, et ce même si les critiques litigieuses devaient s'avérer erronées<sup>184, 185</sup>. Par conséquent, toute interdiction de réitérer celle-ci méconnaît

<sup>178</sup> Voy. PH. DE KOSTER, *op. cit.*, pp. 364, n<sup>os</sup> 112-115.

<sup>179</sup> L'on songe ainsi à des cas particulièrement problématiques, tels que la publication d'une liste de pédophiles présumés (voy. Civ. Namur (réf.), 9 août 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1182). De même, la pertinence de cet argument apparaît hautement discutable lorsqu'est visé un numéro particulier d'une publication périodique, dont la diffusion est par définition limitée dans le temps, ou une émission télévisée.

<sup>180</sup> Voy. par exemple les articles 443 à 452 du Code pénal, réprimant différents types d'atteinte à l'honneur (diffamation et calomnie). Pour un commentaire, voy. K. LEMMENS, *op. cit.*, 436-440.

<sup>181</sup> Il s'agit là d'une forme de réparation en nature, particulièrement satisfaisante pour les atteintes à la réputation (E. MONTERO et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, pp. 42-43, n<sup>o</sup> 160).

<sup>182</sup> Voy. la loi du 23 juin 1961 relative au droit de réponse, spécialement ses articles 1 et 7. Pour un commentaire de ce mécanisme, voy. F. JONGEN, « Le droit de réponse dans la presse et l'audiovisuel », in *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, *op. cit.*, pp. 53-65 ; K. LEMMENS, *op. cit.*, pp. 446-458.

<sup>183</sup> Cour eur. D.H., *Jerusalem c. Autriche*, 27 février 2001, §§ 42-46.

<sup>184</sup> Voy. en ce sens, Bruxelles (réf.), 21 février 1990, *R.W.*, 1990-1991, p. 90: « *Overwegende dat ongetwijfeld aannemelijk is dat, wanneer appellante tot publikatie van de bewuste onderzoeksresultaten overgaat, geïntimeerde een belangrijke commerciële schade kan lijden ; dat echter [...] blijkt dat de grondwetgever een bepaalde belangenafweging heeft gedaan, wanneer hij de persvrijheid boven andere, ook behatenswaardige belangen heeft gesteld ; dat het zeker niet de bedoeling kan zijn de persvrijheid ondergeschikt te maken aan de louter commerciële belangen van geïntimeerde* », et la note approbatrice d'E. BREWAEYS.

<sup>185</sup> Rappelons que la décision judiciaire accordant des dommages-intérêts pour exercice abusif de la liberté d'expression constitue également une ingérence, et doit par conséquent présenter un rapport raisonnable de proportionnalité avec l'atteinte causée à la réputation (Cour eur. D.H., *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 15 février 2005, § 96 ; *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, 13 juillet 1995, § 49). Sur cette question, voy. K. LEMMENS, « Se taire par peur : l'effet dissuasif de la responsabilité civile sur la liberté d'expression », *A. & M.*, 2005, pp. 36-39, n<sup>os</sup> 10-18.

trait à notre sens l'exigence de proportionnalité<sup>186</sup>, et ce d'autant plus que les critiques visées émanent d'un mandataire politique d'opposition et portent sur des questions d'intérêt public.

La Cour d'appel de Bruxelles doit ainsi être approuvée lorsque, dans un contexte également fort similaire où une association postulait la cessation de la diffusion d'une brochure très critique à son égard éditée par des responsables d'un parti politique, elle considère « *qu'indépendamment de toute vérification du bien-fondé ou non des thèses respectives des parties à propos du système mis en place par l'intimée, toute considération inexacte n'est pas nécessairement fautive, mais peut notamment procéder, par exemple, d'une interprétation des circonstances de fait ou de droit ou d'une erreur d'appréciation ou encore d'une simple volonté d'exprimer librement son opinion; Que la rectification de propos erronés ne doit pas nécessairement être réalisée par une ingérence du pouvoir étatique, judiciaire en l'espèce, dans la liberté d'expression; qu'une telle rectification ne répond pas in casu à un besoin social impérieux* »<sup>187</sup>.

## V. Conclusion

Au terme de cet examen, plusieurs constats s'imposent. La liberté d'expression, à l'instar d'autres droits, est susceptible d'abus et son exercice peut entrer en conflit avec d'autres intérêts juridiquement protégés. Partant, elle ne peut se concevoir comme une prérogative absolue. Tant la Constitution que la Convention européenne des droits de l'homme admettent que des restrictions soient apportées, sous certaines conditions, à cette liberté publique.

Les justifications finalistes de la nécessité d'une libre expression – la recherche de la vérité et le fonctionnement de l'ordre démocratique – n'offrent quant à elles qu'une protection relative qui exclut certaines catégories de discours. La jurisprudence y fait cependant appel pour expliquer la protection particulière accordée à d'autres types de discours.

Il n'en demeure pas moins que la liberté d'expression constitue un élément fondamental de toute démocratie, et mérite à ce titre une attention particulière. Au sein de l'ordre juridique belge, elle est consacrée à la fois par la Constitution et sur le plan supranational, en particulier

par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans la mesure où les garanties respectives instaurées par ces deux instruments ne coïncident pas nécessairement, elles seront appelées à se cumuler. En effet, la règle de conflit instituée par les instruments internationaux donne la priorité à la disposition la plus protectrice, qu'elle soit d'origine nationale ou conventionnelle.

Outre que leurs champs d'application respectifs diffèrent, la protection interne et le régime conventionnel européen se distinguent essentiellement au niveau de la licéité des ingérences préventives dans la liberté d'expression.

Au niveau interne, la liberté d'expression repose sur un double fondement constitutionnel, à savoir les articles 19 et 25 de la Constitution. N'organisant que des interventions postérieures à l'exercice de la liberté d'expression, la protection nationale conduit à opérer une distinction entre ingérences préventives et mesures *a posteriori*. Il ressort en effet des travaux préparatoires que le Constituant a entendu permettre la libre manifestation des opinions, et ce quelque dommageables que puissent être ses conséquences. Partant, les dispositions constitutionnelles font obstacle à toute interdiction de porter une opinion à la connaissance du public basée sur son contenu, là où la Cour européenne admet les *prior restraints*, quoique dans des termes restrictifs.

Cette prohibition vise toute ingérence préventive, qu'elle soit systématique ou ponctuelle, et s'adresse à l'ensemble des pouvoirs constitués, en ce compris le pouvoir judiciaire. Par ailleurs, aucune norme équipollente ou supérieure ne confère à des tiers le droit d'obtenir en justice des mesures qui porteraient atteinte à cette interdiction, hors l'intervention du Constituant. Par conséquent, il n'appartient pas au juge de s'ériger en censeur en interdisant de porter des opinions à la connaissance du public.

La circonstance que les champs d'application respectifs des dispositions constitutionnelles ne se recouvrent pas entièrement est sans incidence à cet égard. Bien que l'article 25, § 1<sup>er</sup>, qui s'applique à la seule presse écrite, s'exprime en des termes plus explicites, il ressort de la *ratio constitutionis* que l'interdiction des mesures préventives vaut également pour l'expression d'opinions par d'autres moyens, notamment audiovisuels, garantie par

<sup>186</sup> Voy. Civ. Bruxelles (réf.), 24 octobre 2001, *J.T.*, 2001, p. 782 : « *il y a lieu de tenir compte dans [l'appréciation du bien-fondé d'une demande d'interdiction d'une émission] du fait que le défendeur dispose de plusieurs actions a posteriori, afin d'obtenir réparation de son préjudice* ».

<sup>187</sup> Bruxelles (réf.), 12 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 766.

l'article 19. Les décisions en ce sens, se démarquant d'un récent arrêt de la Cour de cassation, doivent être approuvées.

En prohibant le contrôle préalable, en ce compris judiciaire, des opinions, le Constituant n'a toutefois pas entendu mettre les justiciables à l'abri de toute ingérence prononcée après qu'ils aient usé de la faculté qui leur est reconnue. L'interdiction de la censure préalable ne confère en effet pas d'immunité. En particulier, les atteintes avérées aux droits des tiers engagent la responsabilité pénale et civile de leur auteur. L'admissibilité de mesures visant à mettre un terme à l'expression d'une opinion donnée doit également s'apprécier au regard de ce critère. Le Congrès national a entendu assurer que toute opinion puisse être portée à la connaissance du public, mais la Constitution ne s'oppose pas à ce que le juge prononce une interdiction de propager plus amplement certains propos attentatoires aux droits des tiers qui ont déjà connu une diffusion réelle. Dès lors que des propos litigieux ont déjà fait l'objet d'une large diffusion médiatique et que le public a donc pu y avoir accès, l'interdiction de réitérer ces propos constituerait à notre estime une ingérence *a posteriori* qui ne heurterait pas le prescrit constitutionnel.

De même, la qualité de mandataire communal ne s'oppose pas en soi à ce que le juge saisi d'une telle demande y fasse droit. En l'absence d'un texte exprès conférant aux mandataires locaux une liberté de parole absolue, il convient de conclure, avec l'ordonnance du 27 juin 2006, que les principes de la séparation du pouvoir et de l'indépendance du conseil communal et de ses membres n'interdisent pas au Président du tribunal de première instance de connaître de la demande qui lui est déférée.

La mesure postulée s'analyse à l'évidence en une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression, et doit à ce titre rencontrer les critères auxquels l'article 10.2 de la C.E.D.H. soumet ces restrictions. La protection des droits d'autrui figurant dans l'énumération des objectifs autorisés, la nécessaire poursuite d'un but légitime ne pose pas problème en l'occurrence.

L'ingérence doit en outre être prévue par une norme interne qui soit accessible, d'une part, et suffisamment claire et précise pour permettre aux justiciables d'en prévoir les conséquences juridiques et donc de régler leur comportement, d'autre part. Le pouvoir d'ordonner la cessation d'une diffusion peut se déduire des dispositions légales généralement invoquées, plus particulièrement des articles 1382 du Code civil, 18, al. 2 et 584 du Code judiciaire. La Cour de cassation a par deux reprises affirmé que les mesures de cessation de diffusion trouvaient

une base légale dans différentes dispositions procédurales, telles qu'interprétées par elle. La Cour européenne admet qu'une intervention puisse avoir un fondement prétorien venant préciser le sens d'une loi, pourvu que la jurisprudence soit publiée et constante. La controverse régnant dans la jurisprudence des juridictions inférieures quant à l'admissibilité de cette mesure ne prive pas le fondement légal invoqué de la prévisibilité voulue, dès lors que la possibilité pour le juge de faire cesser une diffusion a été confirmée par deux fois par la plus haute juridiction compétente, chargée d'assurer l'unité de jurisprudence. La Cour européenne a récemment jugé en ce sens, concernant cette question particulière. La condition de légalité est par conséquent remplie pour l'intervention concernée.

Enfin, l'ingérence doit être « *nécessaire dans une société démocratique* ». Cette condition implique que la mesure permette d'atteindre l'objectif légitime recherché, et qu'elle puisse se justifier par un « *besoin social impérieux* ». Il a été jugé à plusieurs reprises qu'une mesure tendant à la cessation de la diffusion de propos litigieux méconnaissait le critère de proportionnalité lorsque les dits propos avaient fait l'objet d'une publicité préalable. De même, certaines décisions considèrent que cette circonstance prive la demande de l'urgence requise pour prononcer la mesure demandée dans le cadre d'une procédure de référé. Il ne devrait toutefois pas à notre sens s'agir d'un obstacle dirimant au bien-fondé de l'interdiction, dès lors qu'il ne saurait être exclu que la persistance de la diffusion aggrave fortement le dommage subi par des tiers.

Plus déterminante est l'obligation faite aux Etats membres, confrontés au choix entre plusieurs mesures assurant un résultat équivalent, d'opter pour l'ingérence la moins restrictive. A cet égard, l'on relèvera que la possibilité d'obtenir l'allocation de dommages-intérêts pour des propos qui porteraient fautivement atteinte à la réputation commerciale d'une personne suffit à assurer à celle-ci une protection satisfaisante, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une interdiction d'exprimer certains propos pour l'avenir prononcée dans l'urgence par le juge des référés. Cette solution s'impose *a fortiori* lorsque les propos litigieux portent sur une question d'intérêt général et ont été émis par un mandataire politique d'opposition dans l'exercice de ses fonctions, auquel le bon fonctionnement d'un régime démocratique commande d'assurer la protection la plus large.

Comme le rappelle judicieusement l'ordonnance namuroise, « *tel est, en quelque sorte, le prix citoyen de la démocratie* ».